244 148

244 148 Alli 9 700673

2820

70087-3

Проф. С. П. Никоновъ.

Actio Spolii.

ХАРЬКОВЪ.
ТИПОГРАФІЯ „ПЕЧАТНИКЪ" ПЕТРОВСКІЙ ПЕР. № 9.
1908.

Государ. публичная
Историческая
библиотека РСФСР
№ 26198 1963

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Страницы.

Введеніе . . . . . I—IV

Часть I-я.

Борьба противъ vis въ римскомъ правѣ.

Jnterdicta de vi преторскаго права; роль ихъ въ правѣ и условія примѣненія. Черты отличія int. de vi отъ int. de vi armata . . . . . 1—15

Jnterdicta de vi въ императорскомъ процессѣ extra ordinem; объединеніе обоихъ видовъ интердиктовъ въ понятіи actio ex causa unde vi. Наличность possessio, какъ условіе примѣненія этой actio. Actio momenti. Мнѣнія нѣкоторыхъ юристовъ о ея существованіи и условіяхъ примѣненіи въ римскомъ правѣ. Критика этого ученіи Брунсомъ. Спеціальные законы (съ Константина), изданные въ цѣляхъ борьбы противъ violentia. L. 7 Cod. unde vi 8.4 и его вліяніе на практику unde vi . . . . 16—38

Защита владѣнія въ эпоху ранняго средневѣковья на Западѣ; законы противъ privata violentia въ эдиктѣ Теодориха, lex Romana Visigothorum, lex romana Burgundiorum: дальнѣйшее ослабленіе романистическихъ идей борьбы противъ vis и замѣна ихъ идеями германскаго обычнаго права въ послѣдующихъ законодательныхъ сборникахъ и юридическихъ памятникахъ ранняго средневѣковья . . . . . 38—51

Борьба противъ vis въ средніе вѣка. Союзы защиты мира. Господство кулачнаго права въ феодальной Европѣ; потребность общества въ «правовомъ преобразованіи самозащиты». Борьба за право;

ея первые проблески на югѣ Франціи, по иниціативѣ духовенства. Treugae Dei. Защита владѣнія лишь въ видѣ общаго положенія объ охранѣ status quo отъ насилій . . . . . 51—66

Часть II-я.

Remedium spolii, его возникновеніе.

Возникновеніе защиты имущественнаго status quo на югѣ Франціи съ половины IX вѣка, по мысли духовенства, путемъ подлоговъ и фальсификацій древнихъ церковныхъ правилъ. Remedium spolii; условія его примѣненія по Лже—Исидоровымъ Декреталіямъ . . . . . 69—82

Remedium spolii за время до Граціана. Время признанія папами remedium'a spolii изъ Лже—Исидоровыхъ Декреталій. Условія примѣненія remedium'a spolii по папскимъ посланіямъ IX—XII вѣковъ . . . . . 82—98

Расширеніе области примѣненія remedium'a spolii съ XII вѣка; exceptio spolii. Расширеніе круга лицъ, защищаемыхъ этимъ remedium'омъ вопреки ученію ad hoc Граціана. Распространительное примѣненіе первыми канонистами remedium'a spolii. Выдѣленіе exceptio и actio spolii изъ стараго officium'a judicis. Exceptio spolii ея возникновеніе и условія примѣненія. Роль папъ Григорія IX и Иннокентія IV въ дѣлѣ развитія института exc. spolii. Причины. вызвавшія созданіе exc. spolii . . . . . 98—129

Condictio ex canone Redintegranda. Признаніе канонистами необходимости защиты споліатовъ исковымъ путемъ, въ цѣляхъ возстановленія ихъ имущественнаго stàtus quo ante; постепенное вытѣненіе ими въ этихъ цѣляхъcondictio ex can. Redintegranda. Отличительныя особенности послѣдней и условія ея примѣненія по ученію канонистовъ. Враждебное отношеніе папъ къ новому иску; канонъ saepe Contingit. Роль этого канона въ правѣ

по толкованіямъ канонистовъ. Причины изданія папой Иннокентіемъ III канона Saepe Contingit. Роль и значеніе condictio ex can. Redintegranda (позднѣе a. spolii) въ практикѣ и теоріи защиты владѣнія; ученія юристовъ ad hoc, ея отличія отъ int. unde vi . . . . . 129—180

Часть III-я.

Actio spolii въ свѣтскомъ правѣ.

Actio spolii у Глоссаторовъ и Легистовъ; сравнительно позднѣйшая и слабая разработка cond. ex c. Redintegranda свѣтскими юристами—романистами, которыми не выработано ничего новаго здѣсь сравнительно съ канонистами и практикой церковныхъ судовъ . . . . . 180—189

Actio spolii въ Итальянскомъ правѣ. Борьба законодателя противъ privata violentia въ статутахъ съ XII вѣка; условія и порядокъ примѣненія здѣсь condictio ex c. Redintegranda. Рецепція правилъ послѣдней въ Codice Albertino и въ дѣйствующее гражданское право Италіи . . . . . 180—206

Actio spolii въ Французскомъ правѣ. Борьба противъ vis въ древне Нормандскомъ обычномъ правѣ, Рецепція condictio ex can. Redint. въ Etablissements de st. Louis и въ обычное право Франціи съ XIII вѣка. Ученіе Бомануара объ искахъ о защитѣ владѣнія; объединеніе имъ подъ однимъ наименованіемъ a. de nouvelle dessaisine двухъ различныхъ исковъ, именно: 1) a. de nouvelle dessaisine и 2) иска изъ can. Redintegranda. Дальнѣйшая рецепція послѣдняго французскимъ правомъ. Отношеніе Code civil и современной юриспруденціи во Франціи къ практическому примѣненію a. spolii . 206—232

Actio spolii въ Германскомъ правѣ. Рецепція здѣсь правилъ о remedium'ѣ spolii съ 13 вѣка. Ихъ рецепція in pleno изъ Италіи и процвѣтаніе въ правѣ и практикѣ позднѣйшаго времени. Ре-

цепція основныхъ положеній a. spolii въ Австрійскомъ гражданскомъ кодексѣ и въ новомъ Германскомъ Уложеніи . . . . . 233—263

Русское право. Скудость указаній въ древнихъ нашихъ источникахъ права на существованіе защиты владѣнія. Законодательные акты Екатерины II въ области защиты владѣнія и позднѣйшіе указы ad hoc. Защита владѣнія по нашимъ старымъ законамъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (т. X ч. I св. закон); ея сходство съ правилами a. spolii. Защита владѣнія по дѣйствующему праву. Понятіе у насъ юридически защищаемаго владѣнія и основанія его защиты. Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и условія ихъ примѣненія. Черты сходства съ a. spolii . . . . . 263—300

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Condictio ex canone Redintegranda, получившая позднѣе наименованіе actio spolii, представляетъ собою очень оригинальное явленіе какъ съ точки зрѣнія своего развитія, такъ равно отношенія къ ней законодательства, юристовъ и судебной практики.

До послѣдняго времени, главнымъ образомъ благодаря авторитетному мнѣнію Савиньи (Savigny—Das Recht des Besitzes § 50), въ юридической литературѣ продолжаетъ существовать воззрѣніе на a. spolii, какъ на „расширенный" интердиктъ Unde vi, какъ на искъ, возникшій путемъ простого расширенія области и условій примѣненія этого римскаго средства поссессорной защиты, благодаря главнымъ образомъ слабымъ знаніямъ римскаго права средневѣковыми юристами—канонистами и ихъ неумѣнію оперировать съ правилами послѣдняго о защитѣ владѣнія.

Уже въ сочиненіи своемъ „Развитіе защиты владѣнія въ средневѣковой Европѣ",—выясняя роль и значеніе actio spolii среди другихъ извѣстныхъ тогда способовъ защиты владѣнія, я стремился оттѣнить какъ самостоятельность происхожденія этого иска, такъ и то крупное, а со временемъ и господствующее значеніе, какое онъ имѣлъ, начиная съ XIV вѣка, въ свѣтскомъ правѣ Запада среди остальныхъ многочисленныхъ способовъ защиты владѣнія.

Задачей настоящей работы является дальнѣйшее и болѣе подробное изученіе этого института права, какъ съ точки зрѣнія его историческаго развитія, такъ равно и вліянія на современныя правила защиты владѣнія Итальянскаго Французскаго Нѣмецкаго и нашего правъ. Въ этомъ отношеніи мы видимъ, что средневѣковые юристы, реципируя римскія средства посссесорной защиты, сами признавали, что церковь *рядомъ* съ ихъ дѣятельностью въ области созданія новаго права, заботясь объ охранѣ епископовъ противъ насильниковъ, изобрѣла своеобразный способъ защиты, только *похожій* по цѣлямъ и задачамъ своимъ на римскія рекупера-

торныя средства. Это—церковное remedium spolii, которое сперва было экстраординарнымъ средствомъ защиты, въ видѣ officium'a judicis, ни искомъ, ни exceptio въ собственномъ смыслѣ, постепенно, въ теченіи ряда вѣковъ, трудами не законодателей, а главнымъ образомъ юристовъ—канонистовъ, развилось въ институтъ частнаго права, вѣрнѣе въ два института—искъ и exceptio. Съ этого времени a. spolii, получивъ самостоятельное существованіе, была разработана канонистамп и легистами на началахъ не только интердиктовъ и исковъ de dolo и quod metus causa, но равно подъ значительнымъ воздѣйствіемъ правилъ германскаго права. При этомъ новый искъ сталъ съ успѣхомъ примѣняться *рядомъ* съ Unde vi, и конкуррируя съ послѣднимъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако Unde vi всюду изучался и канонистами, и легистами обособленно отъ a. spolii, причемъ большинствомъ ихъ ясно сознавалось различіе въ самой природѣ обоихъ исковъ. Словомъ, необходимо прійти къ тому неизбѣжному, съ исторической точки зрѣнія, выводу что a. spolii не является никоимъ образомъ простой модификаціей Unde vi. Ядро этого института взято изъ другого, не римскаго права, разработанъ онъ на началахъ каноническаго и германскаго правъ, лишь по римскимъ образцамъ. Какъ поссессорный искъ, a. spolii есть specificum среднихъ вѣковъ, ихъ дѣтище, вызванное къ жизни соціально-экономическими условіями, а не рецепціей нормъ римскаго права, при томъ развившееся удивительно своеобразнымъ образомъ, безъ санкціи законодателя, первое время даже вопреки его желанію, благодаря совмѣстной дѣятельности юристовъ—канонистовъ и судебной практики того времени.

Начиная съ XII вѣка въ Италіи и Франціи и съ XIII в. въ Германіи, a. spolii получаетъ права гражданства, путемъ рецепціи, въ свѣтскомъ правѣ и практикѣ, постепенно захватывая все большую область для своего примѣненія. Картина эта мѣняется лишь, начиная съ конца 18 вѣка во Франціи, гдѣ подъ вліяніемъ усилившейся рецепціи римскаго права и юристы и практика стали критически относиться къ a. spolii и менѣе выдвигать ее среди другихъ чисто римскихъ средствъ возстановленія, нарушеннаго владѣнія. Code

Napoleon какъ и Code de la procédure civile довели здѣсь дѣло до полнаго умолчанія о réintégrande въ правилахъ своихъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, и только юристы и судебная практика позднѣйшаго времени воскресили вновь этотъ искъ для юридическаго быта Франціи, правда, въ крайне урѣзанномъ видѣ и во многомъ уподобленномъ римскому Unde vi.

Итальянское право, реципировавшее себѣ Code Napoléon почти—что in pleno, не рѣшилось окончательно порвать съ a. spolii, стремясь лишь уподобить ее римскому иску Unde vi. Но и здѣсь въ защиту a. spolii выступили современные юристы и практика, которымъ за позднѣйшее время и удалось, до извѣстной степени, сохранить самостоятельность a. spolii для дѣйствующаго нынѣ положительнаго права.

Инымъ было отношеніе къ a. spolii нѣмецкаго права. Начиная съ XIII, вѣка здѣсь наблюдается постепенно все увеличивающаяся въ объемѣ рецепція правилъ каноническаго права о restitutio spoliatorum въ цѣляхъ борьбы противъ насилій и самоуправства. Даже возникшее, начиная съ 17 вѣка, среди романистовъ враждебное отношеніе къ a. spolii оказало слабое вліяніе на законодательство и судебную практику, въ которыхъ и въ настоящее время по прежнему мы замѣчаемъ ясно выраженную рецепцію правилъ каноническаго a. spolii, хотя и не въ чистомъ ея видѣ, а съ значительными измѣненіями. Послѣднихъ и должно было ожидать, въ виду колоссально измѣнившихся условій жизни въ современномъ западно-европейскомъ обществѣ, гдѣ спокойное обладаніе индивида его благими является несравненно болѣе упроченнымъ вслѣдствіе укрѣпившихся началъ общественности, уваженія къ ближнему и его интересамъ и стремленія всего общества, не только власти, къ поддержанію и охранѣ земскаго мира. Однако *ядро*, основныя начала a. spolii продолжаютъ свое бытіе и до настоящаго времени въ законодательствахъ Запада. Конечно, самое наименованіе a. spolii теперь уже не существуетъ; но и послѣ перемѣны имени мы всюду встрѣчаемся здѣсь со старымъ знакомымъ, наружность котораго, правда, во многомъ измѣнилась, но внутреннія черты и свойства остались прежними.

Даже у насъ, начиная съ Екатерины II, получили права гражданства такія правила о защитѣ владѣнія, которыя удивительно схожи съ положеніями ad hoc канонической a. spolii. Это тѣмъ болѣе представляется интереснымъ, что мы не имѣемъ положительныхъ данныхъ, основываясь на которыхъ, можно было бы доказать фактъ *непосредственной* рецепціи a. spolii въ наше право; но во всякомъ случаѣ мы еще разъ видимъ здѣсь, какъ одинаковыя причины влекутъ за собою и одинаковыя послѣдствія въ области развитія права. Во всякомъ случаѣ существующія въ настоящее время юридическія и соціальныя условія русской жизни не на столько еще ясны и опредѣленны, чтобы законодатель не стремился у насъ къ настоятельному проведенію въ поссессорномъ процессѣ стараго правила временъ господства кулачнаго права—spoliatus ante omnia restituendus,—какъ залога возможности мирнаго культурнаго развитія общественной жизни....

г. Харьковъ. 2 Декабря 1908 г.

ЧАСТЬ I-я.

Борьба противъ vis въ римскомъ правѣ.

Interdicta de vi преторскаго права.

Римскіе преторы, заботясь по преимуществу объ охраненіи общественнаго мира отъ злой воли гражданъ, въ чемъ бы или какимъ образомъ послѣдняя не проявлялась, обратили между прочимъ свое вниманіе на нежелательное во всякомъ гражданскомъ обществѣ явленіе, когда «земскій миръ» въ странѣ (pax publica) нарушался насильственными дѣйствіями надъ личностью или имуществомъ гражданъ. Въ цѣляхъ борьбы противъ этого нестроенія ими былъ созданъ цѣлый рядъ исковъ и интердиктовъ, среди которыхъ особенно рельефно на первый планъ выступаютъ *interdicta de vi,* —именно interd. de vi (non armata) и int. de vi armata.

Формулы интердиктовъ этихъ, пережившія въ исторіи своего развитія рядъ измѣненій [1]), въ реконструкціи ихъ Ленелемъ гласили: во времена Цицерона—для interd. de vi (non armata):

«Unde tu, aut familia, aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam, nec precario a te possideret, eo restituas».

И для времени Сальвія Юліана (edictum perpetuum):

«Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam, nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas» (*Lenel*—Das Edictum perpetuum p. 371, 373).

---

[1]) Объ этомъ см. Ubbelohde—Die Besitzinterdicte 1896 стр. 3 слѣд., 138 слѣд.

Текстъ формулы int. de vi armata во времена Цицерона былъ таковъ:

«Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis, armatisve deiecisti, eo restituas».

Или, въ edictum perpetuum Сальвія Юліана:

«Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas» (*Lenel*—cit p. 375).

Вызванные къ жизни въ качествѣ мѣръ охраны общественнаго порядка противъ случаевъ насильственнаго изгнанія изъ владѣнія недвижимостями, эти интердикты прежде всего имѣли цѣлью своего примѣненія наказаніе насильника за его поступокъ, служа лишь вмѣстѣ съ тѣмъ *и для защиты владѣльца*. Только постепенно въ int. de vi этотъ уголовный ихъ элементъ началъ отходить на задній планъ, и они стали все болѣе пріобрѣтать характеръ средствъ частно-правной защиты владѣнія. Впрочемъ эта черта ихъ природы особенно рельефно вытѣнилась не ранѣе времени классическихъ римскихъ юристовъ; причемъ однако interdicta de vi никогда и позднѣе не теряли окончательно своей деликтной природы.

Въ потвержденіе послѣдней говоритъ уже одно то обстоятельство, что римскіе юристы сами всегда квалифицировали какъ delictum дѣятельность насильника. [1]) Еще рельефнѣе выступаютъ эти деликтныя черты изъ опредѣленія понятія пассивнаго субъекта этихъ интердиктовъ.—„Hoc interdictum ad recipierandam possessionem introductum est“ говоритъ Ульпіанъ [2]) Исходя изъ этого правила, слѣдовало бы ждать, что условіемъ legitimatio passiva при int. de vi должно быть владѣніе отнятой вещью, подобно тому какъ это требовалось при соотвѣтствующемъ петиторномъ искѣ (т. е. при rei vindicatio).

---

[1]) См. напр. Gai IV. 155 „propter atrocitatem delicti“ fr. 1 § 43 Dig. de vi 43. 16 (Ulpianus)—„atrocitas facinoris“; fr. 19 Dig. h. t. (Triphoniuus)—ex ipso tempore delicti,

[2]) Fr. 1 § 1 Dig. h. t. 43, 16; тоже у Gai IV. 154.

Однако при interd. de vi отвѣтчикомъ являлся именно субъектъ, виновный въ совершеніи vis, тотъ кто отнялъ объектъ, причемъ было совершенно безразлично, владѣлъ онъ или нѣтъ отнятымъ имуществомъ ко времени предъявленія интердикта. Насильникъ отвѣчалъ при этомъ даже въ томъ случаѣ, если и никогда не имѣлъ въ своемъ владѣніи отнятаго имъ имущества [1]).

Равнымъ образомъ деликтнымъ характеромъ разсматриваемыхъ интердиктовъ объясняется и то, что a) по нимъ въ равной степени съ насильниками отвѣчали ихъ подстрекатели; [2]) b), что наслѣдники насильника отвѣчали по a. in factum ex causa interdicti de vi только въ размѣрѣ ихъ обогащенія по смерти насильника (quod ad eos pervenit), т. е. въ размѣрѣ, какъ по общимъ правиламъ отвѣчали наслѣдники за delicta наслѣдодателя [3]). Въ тоже время могло быть, что не отвѣчалъ по этимъ интердиктамъ владѣлецъ спорной недвижимости, именно въ томъ случаѣ, если *не онъ* былъ насильникомъ; не отвѣчалъ при этомъ даже въ томъ случаѣ если пріобрѣлъ самое имущество отъ насильника, зная о фактѣ vis. (Fr. 7 Dig. 43. 16; fr. 3 § 10 Dig. uti possid. 43. 17).

Необходимымъ условіемъ примѣненія этихъ интердиктовъ являлась наличность непосредственнаго насилія противъ лица, благодаря которому наступила утрата владѣнія вопреки волѣ не то владѣльца (vis atrox).

Существенное отличіе int. de vi armata отъ int de vi (non armata) заключалось въ особенной квалификаціи этой vis atrox, какъ условія допущенія того или другого интердикта; именно при int. de vi armata предполагалась всегда со стороны насильника „dejectio hominibus coactis armatisve“, т. е. непосредственное участіе въ dejectio нѣсколькихъ

---

[1]) Fr. 1 § 26, 42, fr. 15 Dig. h. t. 43, 16; fr. 4 § 22 Dig. de usurpat. 41, 3.

[2]) Fr. 1 § 4, fr. 3 § 10 Dig. h. t. 43, 16.

[3]) Fr. 1 § 48, fr. 2, 3 pr. § 1 fr. 9 pr. *Dig.* 43. 16; ср. fr. 5 pr. *Dig.* de calumn. 3. 6, fr. 35 *Dig.* de. O. et A. 44. 7; см. F. Regelsberger—*Der* gerichtliche Besitzschutz nach dem B. G. B.—въ Festgabe für die juristische Facultät zu Giessen 1907, SS. 261 fg. Sokolowski—*Die* Philosophie im Privatrechte B. II 1907, SS. 90 fg. 101 fg.

лицъ, изъ которыхъ хотя бы нѣкоторыя имѣли при себѣ оружіе или иные предметы, пригодные для причиненія ими тѣлеснаго поврежденія въ качествѣ орудій нападенія. [1])

Такъ называемая vis armata была квалифицированнымъ деликтомъ противъ общественнаго порядка—vis publica (ср. § 6 in fin. Instit. de interd. 4 16), который дозволялось преслѣдовать при всякихъ обстоятельствахъ. Поэтому, напр., не обращалось при немъ никакого вниманія на особенныя отношенія между сторонами; благодаря чему, онъ имѣлъ примѣненіе между родителями и ихъ дѣтьми, вольноотпущенными и ихъ патронами (гдѣ int. de vi von armata не имѣлъ мѣста.—См. fr. 1 § 43 Dig. h. t. 43. 16. См. *Sokolowski*—cit. S. 102).

Примѣнялись оба эти интердикта лишь въ случаяхъ dejectio владѣльца *недвижимаго* имущества (fr. 1 §§ 3—8 Dig. h. t.; Paulus V, 6 § 5). Относительно же движимостей интердикты эти могли имѣть мѣсто только когда эти вещи были уничтожены или испорчены при изгнаніи владѣльца изъ его недвижимаго имущества (fr. 1 §§ 6, 32—38 Dig. h. t.). Въ случаѣ же примѣненія vis atrox въ отношеніи къ движимостямъ, какъ таковымъ, непосредственно, interd. de vi не имѣли мѣста. Въ такихъ случаяхъ потерпѣвшимъ давались иски иного рода. Ульпіанъ указываетъ въ этомъ отношеніи на примѣненіе къ движимостямъ другихъ средствъ защиты, а именно, въ случаяхъ отнятія въ цѣляхъ ихъ присвоенія—иски ex causa furti, [2]) a равно a. vi bonorum raptorum и actio ad exhibendum.

> Fr. 1 § 6 Dig. h. t.—Ulpianus: «Illud utique ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi. Plane si quae res sint in fundo vel in aedibus, unde quis de-

---

[1]) Fr. 3 §§ 2—11 Dig. h. t.; Cicer. Pro Caecina 21. 60; L, 9 Dig. ad leg. Jul. 48. 6; Gai Institut. IV, § 155 in fin. и др. См. Ubbelohde—cit. стр. 148 слѣд.

[2]) Savigny—cit. стр. 440 прим. 3—безъ достаточнаго основанія исключаетъ здѣсь послѣдній искъ.

jectus est, etiam earum nomine interdictum competere non est ambigendum». [1])

Что касается субъективныхъ условій примѣненія интердиктовъ de vi, то здѣсь прежде всего въ отношеніи активнаго субъекта иска слѣдуетъ отмѣтить, что не имѣло никакого значенія, былъ ли deiectus собственникомъ имущества, которымъ онъ владѣлъ, или нѣтъ [2]).

Требовалось при этомъ лишь одно, именно, наличность владѣнія (possessio) у потерпѣвшаго въ моментъ насильственнаго отнятія у него имущества. Въ пользу этого между прочимъ говоритъ прямое указаніе Цицерона, касательно int. de vi non armata, что еще ранѣе его времени (apud majores) и при немъ признавалось необходимымъ условіемъ примѣнимости этого средства возстановленія владѣнія указаніе въ текстѣ формулы на наличность владѣнія за dejectus въ моментъ насильственнаго отнятія у него имущества «cum ille possideret».

Cicero pro Tullio 19, 44—. «Fuit illud interdictum apud majores nostros de vi, quod hodie quoque est: Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratortem illius in hoc anno vi dejecisti. Deinde additur illius jam haec causa, qui cum agitur: *quum ille possideret* et hoc amplius: quod nec vi nec clam nec precario possideret».

Это же правило и позднѣе было признано юристами императорскаго періода.

L. 1. § 23 Dig. h. t. «Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius dejeci visus est, quam qui possidet» [3]).

Относительно interd de vi armata мы имѣемъ указанія Гая, что въ его время (при Маркѣ Авреліи) отъ deiectus требовалась наличность possessio въ моментъ примѣненія vis.

---

[1]) О примѣненіи здѣсь противъ vi clam precario possidens интердикта utrubi см. Ubbelohde—cit. стр. 575 слѣд.

[2]) fr. 8 Dig. h. t.—Paulus.—„Fulcinius (юристъ I вѣка по Р. Хр.) dicebat vi possideri, quoticns vel non dominus cum tamen possideret, vi dejectus est.“ Ср. Ubbelohde—cit s. 17.

[3]) Касательно невѣрнаго толкованія этого мѣста у Keller-Semestrium ad M Tullium Ciceronem libri sex Vol I p. 313 см. Ubbelohde cit s. 17.

Излагая въ §§ 154 слѣд. IV книги Институцій правила касательно примѣненія int. de vi въ случаяхъ насильственнаго отнятія у лица имущества, находившагося въ его *владѣніи* (possessio), Гай отмѣчаетъ лишь то одно отличіе въ послѣдствіяхъ примѣненія vis armata отъ vis non armata, что въ первомъ случаѣ возстановлялось владѣніе даже лицу, владѣвшему vi clam precario ab adversario, чего не допускалось при vis non armata.

Gai Instit IV 154. «Reciperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi dejectus sit; nam ei proponitur interdictum, cujus principium est: Unde tu illum vi dejecisti, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, si modo is, qui dejectus est, nec vi nec clam nec precario (ab eo) possederit—eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio». § *155.* «Interdum tamen et si eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possederit, cogor ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem»... (Ср. впрочемъ толкованіе этого мѣста у Sokolowski—cit. S. 117 fg.).

Равнымъ образомъ и позднѣе цѣлый рядъ римскихъ юристовъ,—каковы: Ульпіанъ, (fr. 3 §§ 7, 8, 3 Dig. h. t.), Помпоній (fr. 14 Dig. h. t.), Павелъ (Sent. recep. V, VI, 4), указываютъ, что int. de vi armata примѣнялся для возстановленія нарушеннаго владѣнія. Но таково ли было правило *ранѣе* Гая, приблизительно около времени Цицерона, ближе къ моменту созданія int. de vi armata, это спорно въ литературѣ.

Слѣдуетъ указать, что въ литературѣ предмета, большинство писателей, начиная съ Савиньи, являются сторонниками положенія, что int. de vi armata, какъ и de vi non armata примѣнялись лишь въ защиту владѣльцевъ, а не простыхъ держателей [1]).

---

[1]) См. Savigny—cit, § 40; Bruns—Das Recht des Besitzes стр. 62; Scialoia—*D*elle azioni possesorie p. 371; Alibrandi—Teoria del possesso nel diritto romano; Meischeider—cit. S. 452 fg.; Ubbelohde—cit. S. 163 и друг.

Однако до настоящаго времени имѣется не мало авторовъ, высказавшихъ противоположное мнѣніе, т. е. признающихъ, что possessio не является необходимымъ условіемъ примѣненія этого интердикта лицомъ, потерпѣвшимъ отъ вооруженнаго насилія. Такъ еще Куяцій указывалъ, что въ числѣ спорныхъ вопросовъ въ ученіи объ интердиктѣ de vi—«hoc una est, quod interdictum de vi armata detur, non tamen possessori, qui dejectus est, sed etiam non possessiori, qui in fundo erat tunc cum deiectus est» (*Cujacii*—Opera vol. IV p. 652).

Однимъ изъ первыхъ сторонниковъ такого мнѣнія былъ *Menochius*. (Menochii—De recuperandae possessionis Remed. 1 n. 2), допускавшій примѣненіе int. de vi armata «ad quemlibet sive possidet, sive non possidet» [1]).

Оба противоположныя мнѣнія эти основываются на толкованіи рѣчи Цицерона pro Caecina, по дѣлу, возникшему при слѣдующихъ обстоятельствахъ:

М. Фульциній замѣнилъ полученную имъ за женой Цезенніей сумму денегъ своимъ земельнымъ участкомъ въ окрестностяхъ Тарквиній, передавъ его въ собственность жены (permutatio dotis). Позднѣе онъ пріобрѣлъ уже въ личную собственность расположенные рядомъ съ этой землей участки, а затѣмъ умеръ. Согласно сдѣланному имъ завѣщанію наслѣдникомъ былъ назначенъ сынъ его тоже M. Fulcinnius а мать послѣдняго Caesennia въ силу legatum ususfructus получила право совмѣстнаго со своимъ сыномъ пользованія наслѣдственнымъ имуществомъ (Cic, pro Caecina 4, 10 sq.). Скоро умеръ и младшій Фульциній, оставивъ по себѣ наслѣдство P. Caesennius'у и легаты—своей жены и матери Цезенніи (послѣдней большую частью своего имущества). Для удобства раздѣла между этими тремя лицами было рѣшено продать съ аукціона наслѣдственное имущество. При этомъ Цезеннія рѣшила пріобрѣсти себѣ съ аукціона въ собственность

---

[1]) Изъ новыхъ писателей того же воззрѣнія придерживаются между прочимъ: Аплетонъ (Appleton—De la possession § 175 p. 168); Руджери (Ruggieri—Del possesso § 112); Дернбургъ (Dernburg—Pandecten § 188 № 2); Баронъ (Baron—Geschichte des römischen Rechts § 106); Bögli—Ueber Cicero's Rede für A. Caecina 1906 SS. 42—57.

земельный участокъ, лежащій рядомъ съ собственнымъ и до той поры находившійся въ ея ususfructus. Совершить сдѣлку (покупку съ аукціона) Цезеннія поручила нѣкоему Эбуцію. Послѣдній это порученіе Цезенніи выполнилъ и пріобрѣлъ имѣніе съ аукціона отъ завѣдывающаго послѣднимъ банкира S. Clodius (Cic. pro Caec. 10, 27), при томъ, какъ увѣряетъ Цицеронъ, за счетъ Цезенніи. Была ли при этомъ совершена формальная продажа участка Эбуцію или его довѣрительницѣ,—этого изъ дѣла не видно. Цицеронъ заявляетъ, впрочемъ, что деньги были черезъ Эбуція выплачены за покупку Клодію; послѣ чего Цезеннія фактически овладѣла (possedit) участкомъ и сдала его въ аренду (Cic. pro Caec. 6, 17 ср. 7.19). Вскорѣ послѣ того Цезеннія вышла замужъ за А. Цецина, который получилъ послѣ ея смерти въ наслѣдство почти все ея имущество, именно $^{69}/_{72}$; остальныя же доли наслѣдства получили вольноотпущенникъ перваго мужа покойной M. Fulcinius ($^{2}/_{72}$) и $^{1}/_{72}$ наслѣдства Эбуцій (Pro Caec. 6, 17 in fine). Этотъ послѣдній, очевидно недовольный своей долей наслѣдства, заявилъ Цецинѣ, что купленный имъ, Эбуціемъ, четыре года тому назадъ, съ аукціона земельный участокъ изъ наслѣдственной массы послѣ младшаго Фульцинія, онъ купилъ себѣ въ собственность, а что Цезеннія имѣла на этотъ участокъ только узуфруктъ по легату ея перваго мужа (Pro Caec. 7, 19 in. fin). Въ виду такого заявленія Эбуція Цецина, по совѣту извѣстнаго юриста Г. Аквилія (ibid. 32, 95), рѣшилъ начать rei vindicatio противъ Эбуція по поводу этого спорнаго участка, и уговорился съ Эбуціемъ въ условленное ими время сойтись на этомъ участкѣ, чтобы выполнить deductio moribus Однако, когда Цецина сталъ подходить съ этой цѣлью вмѣстѣ съ небольшимъ числомъ пріятелей къ границамъ спорнаго участка, то по дорогѣ узналъ, что Эбуцій съ цѣлой компаніей вооруженныхъ людей сторожитъ границы этого участка, не желая и близко подпустить къ нему Цецину. Скоро и самъ Эбуцій предупредилъ своего противника, чтобы тотъ подъ угрозой смерти не смѣлъ подходить къ участку. (Pro Caec. 7, 20; Ср. *Ubbelohde*—cit. стр. 166 и пр. 59). Цецина однако, не смотря на это, пытался съ разныхъ сто-

ронъ пробиться на спорный участокъ, что ему не удалось сдѣлать, благодаря бдительности Эбуція. Мало того, въ концѣ концовъ послѣдній приказалъ своимъ рабамъ напасть съ обнаженнымъ оружіемъ на Цецину съ его свитой; такъ что послѣднимъ поспѣшнымъ бѣгствомъ съ трудомъ лишь удалось спастись отъ серьезной опасности (Cic. 8, 21; 10, 26). Выбравшись съ грѣхомъ—пополамъ изъ такой печальной авантюры, Цецина возбудилъ противъ Эбуція передъ преторомъ П. Долабеллой интердиктъ de vi armata, который явился теперь, въ спонсіонномъ порядкѣ, предметомъ разбирательства передъ recuperatores (Pro Caec. 8, 23).

Отвѣчая на судѣ своему противнику, Эбуцій не оспариваетъ предъявленнаго противъ него обвиненія въ совершеніи насильственныхъ поступковъ; онъ заявляетъ лишь, что въ данномъ случаѣ Цецина не имѣетъ права на защиту путемъ int. de vi armata, такъ какъ онъ не былъ фактически въ такомъ положеніи, чтобы его можно было изгнать изъ спорнаго имущества, т. е. не былъ владѣльцемъ послѣдняго, и что онъ, Эбуцій, лишь не пустилъ Цецину стать владѣльцемъ спорнаго участка.

Цицеронъ, защитникъ интересовъ Цецины, не соглашаясь съ этимъ заявленіями Эбуція, утверждаетъ между прочимъ, что для примѣненія int. de vi armata не требуется непремѣнно, чтобы потерпѣвшій былъ владѣльцемъ (possessor) въ моментъ изгнанія его vi съ движимости, ибо формула этого интердикта, въ противоположность формулѣ int. de vi (non armata) не упоминаетъ о possessio.

> *Pro Caecina*, cap. 31 § 91: «Cur ergo aut in illum quotidianum interdictum unde ille me vi «dejecit» additur— «cum ego possiderem», si dejici nemo potest qui non possidet, aut in hoc interdictum «de hominibus armatis» non additur, si oportet quaeri, possederit nec ne?».

Такое заявленіе Цицерона нѣтъ основанія считать «тактическимъ пріемомъ адвоката» въ цѣляхъ не выясненія истины, а стремленія во чтобы то ни стало выиграть дѣло въ пользу своего кліента, какъ это утверждаетъ Савиньи и сторонники его воззрѣній на юридическую природу interd. de vi armata. Намъ думается, утвержденіе Цицерона

вполнѣ совпадало съ *первичной* юридической природой этого интердикта, съ цѣлями и задачами, ради которыхъ онъ былъ введенъ въ кругъ преторскихъ экстраординарныхъ средствъ охраны земскаго мира.

Не слѣдуетъ забывать въ этомъ отношеніи, что interd. de vi armata появился въ римскомъ правѣ во время разгара опустошительной и полной опасностей для жизни и благосостоянія мирныхъ жителей гражданской войны, въ концѣ республиканскаго періода Рима. Прежній порядокъ и безопасность въ общественной жизни стали тогда лишь пріятнымъ воспоминаніемъ. Ихъ замѣнило грубое издѣвательство надъ правомъ, насильственныя нападенія на чужую имущественную сферу.

При слабости и растерянности власти, даже обладатели несомнѣнныхъ правъ перестали тогда довѣряться исключительно одной защитѣ государственной власти. Они начали удовлетворять свои притязанія своими средствами, въ случаяхъ нужды и путемъ насилій; словомъ, государству грозило наступленіе господства кулачнаго права. При такихъ то условіяхъ государственная власть, немного оправившись отъ своей летаргіи, увидѣла себя вынужденной принять чрезвычайныя мѣры противъ разстройства всего правопорядка, въ особенности ополчившись, путемъ спеціальныхъ предписаній, противъ все болѣе возроставшаго самоуправства. Interd. de vi armata и былъ первымъ звеномъ въ цѣпи предписаній противъ насильственыхъ воздѣйствій на имущественный status частныхъ лицъ, предписаній, которыя и позднѣе издавались, даже и въ императорскомъ періодѣ. [1])

Такая склонность къ исключительнымъ мѣрамъ, къ осадному положенію, къ законамъ противъ всякаго рода неповиновенія власти представляется обычнымъ въ государствахъ съ расшатанной системой правленія (*Sokolowski*– cit. S 100 ff.).

---

[1]) Относительно длинной цѣпи такихъ предписаній, по большей части казуистическаго характера, см. кромѣ Савиньи, Ihering—Ueber den Grund des Besitzschutzes § 106 ff. Bruns—Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts § 84 ff.

Необходимымъ условіемъ примѣненія такого средства защиты признавалась наличность вооруженнаго насилія, нанесеннаго гражданину. При этомъ и vis самая была совсѣмъ особаго рода. Въ то время какъ подъ vis въ болѣе раннихъ интердиктахъ понимали всякое нарушеніе фактическаго состоянія самовольнымъ дѣйствіемъ или упущеніемъ, путемъ нашего интердикта преслѣдовалась лишь vis artox, при томъ квалифицированнаго, такъ сказать, типа. именно vis armata, или vis со стороны homines armati. (Cicero pro Caecina 8.20). Эта vis являлась квалифицированнымъ деликтомъ противъ общественнаго порядка—vis publica, преслѣдованіе котораго допускалось при всякихъ обстоятельствахъ. Всякое вооруженное нападеніе на гражданина или на его имущество ставило виновнаго внѣ государственной защиты, какъ, грубѣйшаго нарушителя земскаго мира. Если кто при этомъ in continenti наносилъ какой либо ущербъ насильнику, это признавалось правомѣрнымъ, и не влекущимъ за собою какой-либо отвѣтственности; тѣмъ болѣе когда такая vis in continenti примѣнялась въ цѣляхъ самозащиты насильника (fr. 3 § 9 Dig. 43.16. *Sokolowski*—cit. § 102 ff). При этомъ vis armata признавалась сама по себѣ на столько опаснымъ для государства явленіемъ—vis publica, деликтомъ, что преслѣдовалась какъ таковая даже въ томъ случаѣ, когда она и не оставляла за собою слѣда во внѣшней жизни, напр., измѣненія или осязательнаго нарушенія въ существующемъ частно—правовомъ (или фактическомъ) status лица.

Очевидно, именно эта первичная точка зрѣнія на характеръ vis armata при int. de vi armata, какъ деликта прежде всего, и отразилась въ разсужденіяхъ Цицерона касательно допустимости примѣненія этого интендикта *не только въ защиту владѣнія,* на что дѣйствительно довольно ясно намекалъ и текстъ самой формулы этого интердикта, въ которомъ было опущено указаніе на possessio и не стояло словъ «cum ego possiderem», какъ это было въ формулѣ int. de vi non armata.

Позднѣе, съ усиленіемъ авторитета власти въ государствѣ, этотъ деликтный характеръ int. de vi armata сталъ

все болѣе смягчаться и отходить на задній планъ, а взамѣнъ того преторы стали выдвигать int. de vi armata, какъ одно изъ средствъ возстановленія фактическаго владѣнія при его нарушеніяхъ путемъ vis.

Цѣлью претора при установленіи такихъ средствъ возстановленія нарушеннаго владѣнія стало теперь воспрепятствовать dejectio; причемъ цѣль эта преслѣдовалась обоими интердиктами de vi и de vi armata, съ той лишь разницей, что въ послѣднемъ интердиктѣ особенная квалифицированность dejectio:—cum armis,—влекла за собою существенныя привиллегіи, въ смыслѣ большихъ льготъ въ пользу потерпѣвшаго. Именно изгнанный vi armata, могъ примѣнить интердиктъ:

1) противъ того, отъ кого самъ захватилъ имущество vi clam precario;

2) могъ предъявить этотъ интердиктъ и по истеченіи года со дня spolium'a (Cicer. epist. vol. V; epistol. 16 ad Cassium).

3) Наконецъ, его примѣненіе допускалось противъ патрона или либерта, а равно между отцомъ и дѣтьми. (fr. 1 § 43 Dig. h. t. 43,16).

Только эти отличія, собственно говоря, чисто формальнаго характера, и были установлены преторскимъ правомъ между обоими разсматриваемыми нами интердиктами. Сравнительная незначительность ихъ, а въ особенности то обстоятельство, что содержаніе ихъ не затрагивало по существу самой юридической природы обоихъ интердиктовъ, дали возможность легко и безъ особенной ломки *слить* позднѣе интердикты эти въ одинъ общій искъ—unde vi.

Послѣдствіемъ разсматриваемыхъ нами интердиктовъ для потерпѣвшаго отъ vis являлось полное возстановленіе его въ прежнемъ состояніи по имуществу. Насильникъ обязывался такимъ образомъ выдать все, что потерпѣвшій утратилъ, благодаря dejectio (fr. 1 § 31 sq. D. h. t), а именно—самую недвижимость, равно какъ и res mobiles, находившіяся въ моментъ dejectio на данной недвижимости—причемъ безразлично, былъ ли dejectus владѣльцемъ этихъ движимостей

или нѣтъ (L 1 § 33 D. h. t.); затѣмъ всѣ плоды и доходы съ участка за время отъ dejectio и до restitutio (L. 1 § 40 D. h. t.).

Нынѣ совершенно доказано, что лицо, признанное виновнымъ, приговаривалось къ возмѣщенію убытковъ, понесенныхъ въ силу его vis, и при томъ убытковъ въ ихъ полномъ объемѣ (L 1 § 31 Dig. de vi 43,16—quidquid damni senserit ob hoc, quod deiectus est), при чемъ принимался въ разсчетъ и убытокъ, нанесенный отнятіемъ или потерей движимостей, хотя бы послѣднія и не принадлежали потерпѣвшему, если только онъ ими владѣлъ (L. 1 § 32, 33 Dig. h. t. *Ubbelohde* cit. s.s. 118 sq.) Если вещи послѣ ихъ отнятія гибли, даже безъ вины въ томъ со стороны насильника, это не освобождало послѣдняго отъ отвѣтственности (L 1 §§ 34,35 D. h. t.). При этомъ размѣръ отвѣтственности опредѣлялся со времени причиненія vis, а не со времени предъявленія интердикта. Это выставляли римскіе юристы какъ особенность нашего средства защиты сравнительно со всѣми другими интердиктами [1]).

Интересы насильника въ свою очередь охранялись при помощи представленныхъ ему exceptiones. Онѣ впрочемъ почти исключительно допускаемы были лишь при interd. de vi non armata, который имѣлъ двѣ постоянныхъ эксцепціи, именно exc. vitiosae possessionis и exc. annalis.

Exceptio vitiosae possessionis могла быть представлена насильникомъ противъ dejectus'a въ томъ случаѣ, если послѣдній самъ владѣлъ вещью (до момента его dejectio) vi clam precario ab adversario [2]).

---

[1]) Ulpian L. 3 *Dig.* de interdictis 43, 1; L. 1 § 48 *D.* h. t. Какъ основаніе такой отвѣтственности приводилось—quia in eo culpa tua praecessit quod omnino dejecisti aut vi aut clam fecisti. (Paul. L 15 *D.* de vi и Sentent. V, 6 § 8).

[2]) Gai Instit. IV, 154—„Eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio". (См. Gai IV, 155).

Paul.V. 6, 7.—„Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur."— См. еще § 6. Inst. De interd. 4, 15.

Если же у потерпѣвшаго такая vitiosa possessio была не ab adversario, а отъ третьяго лица, онъ могъ свободно примѣнять интердиктъ, не опасаясь exceptio противника [1]).

Другая exceptio, имѣвшая мѣсто при int. de vi non armata была exceptio annalis, исключавшая возможность примѣненія этого интердикта по истеченіи года [2]).

По истеченіи этого давностнаго срока потерпѣвшій имѣлъ право требовать съ насильника только то, что дѣйствительно перешло въ руки послѣдняго [3]).

Что касается int. de vi armata, то здѣсь, согласно заявленію источниковъ, по общему правилу exceptiones вообще не имѣли мѣста: преторы не были расположены давать какія либо льготы лицамъ, проявившимъ высшую степень стремленія нарушить pax publica, именно выступленіе съ оружіемъ въ рукахъ—поступокъ совершенно невозможный и нетерпимый въ отношеніяхъ между мирными гражданами [4]).

---

[1]) fr. 1 § 30 Dig. h. t. Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum.

fr. 17 Dig. de vi h. t.—„...ideoque si te vi dejecero, ilico tu me, deinde ego te: unde vi interdictum utile tibi erit". См. еще fr. 12, fr. 18 pr. Dig. h. t.

[2]) Annus utilis,—см. fr. 1 § 39 Dig. h. t. fr. princ. Dig. h. t.—„De eo... tantummodo intra annum... judicium dabo".

[3]) Fr. 1 princ. Dig. h. t.. post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo; ср. fr. 7. Dig. comm. divid. 10, 3. въ этомъ смыслѣ „placuit etiam post annum in eum qui vi dejecit, interdictum reddi". О примѣненіи exc. pacti при int. de vi non armata см. Savigny-cit. § 455.

[4]) Cicer. pro Caecina 8, 23.—„His rebus ita gestis P. Dolabella praetor interdixit ut est consuetudo de vi hominibus armatis sine ulla exceptione" (см. ibid. 22,63—Vim quae ad caput ac vitam pertinet restitui sine ulla exceptione voluerunt")...

Gai Instit. IV-155—„Interdum tamen et si eum vi dejecerim, qui a me vi aut clam, aut precario possederit, cogar ei restituere possessionem, veluti si armis eum vi dejecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem".

Cicer. ad div. XV, 16,3—„postulabimusque, ex qua haeresi vi hominibus armatis dejectus sis, in eam restituere. In hoc edicto non solet addi: in hoc anno".

Цицеронъ, въ одномъ изъ своихъ частныхъ писемъ къ пріятелю G. Trebatius Testa (отъ 700 г. ab urbe cond.), дѣлаетъ косвенное указаніе на примѣнимость въ его время при interd. de vi armata спеціальной эксцепціи, названной юристами новаго времени „exceptio quod tu prior vi hominibus armatis non veneris".

Cic ad div. VII. 13,2—«Tantum metuo, ne artificium tuum (занятія Требація у Цезаря, съ которымъ онъ отправился въ Галлію въ качествѣ юрисконсульта) tibi parum prosit. Nam ut audio, istic.

«Non ex jure manum consertum, sed magis ferro Rem repetunt. Et tu soles ad vim faciundam adhiberi. Neque est quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: quod tu prior vi hominibus armatis non veneris; scio enim te non esse procacem in lacessendo».

Такимъ образомъ эта exceptio имѣла при interd. de vi armata то же самое значеніе, какое exceptio violentae possessionis при interd. de vi non armata [1]). Но во всякомъ случаѣ она существовала не долго, и у позднѣйшихъ юристовъ не имѣется на него никакихъ указаній [2]).

---

[1]) Ср. Meischeider—cit S. 459; Kniep—Vacua possessio S. 371; воззрѣніе это впрочемъ раздѣляется не всѣми юристами. Объ этомъ см. Ubbelohde—cit. S. 183 слѣд.

[2]) Ubbelohde—cit. S. 187 слѣд. исходя изъ того, что приведенный Цицерономъ текстъ этой exceptio гласилъ „quod tu prior vi hominibus armatis non veneris"—а не прямо „Quod tu prior illum vi hominibus armatis non dejeceris"—утверждаетъ, что exceptio эта имѣла примѣненіе только въ особенныхъ случаяхъ, придерживаясь при томъ мнѣнія Келлера ad hoc (Keller—Semestria ad Ciceronem p. 133 sq.). Намъ думается однако, что создавать новую теорію, основываясь исключительно на буквальномъ толкованіи текста Цицерона,—едва-ли желательно; тѣтъ болѣе, что самая цитата, гдѣ имѣется у Цицерона указаніе на эту exceptio помѣщена въ дружеской частной перепискѣ, рядомъ съ каламбурами, шутками, намеками и цитатами изъ поэмъ. Почему непремѣнно должны мы признавать, что здѣсь Цицеронъ прпвелъ *буквальный* текстъ преторскаго эдикта?.

Interdicta de vi въ императорскомъ процессѣ extra ordinem.

Послѣ того какъ по реформѣ Діоклетіана actiones extraordinariae ex causa interdictorum замѣнили собою всѣ вообще интердикты преторскаго права, на мѣсто двухъ интердиктовъ: de vi и de vi armata—былъ установленъ одинъ общій искъ—actio ex causa unde vi, примѣнявшійся на тѣхъ же условіяхъ и въ тѣхъ же случаяхъ, когда ранѣе имѣли мѣсто interd. de vi и de vi armata.

При этомъ, какъ видно изъ Институцій Юстиніана, въ цѣляхъ объединенія, была исключена возможность примѣненія exceptio vitiosae possessionis и въ случаяхъ vis non armata.

§ 6. Instit. De interdict. IV. 15—

— «Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet ab eo qui vi dejecit, vi vel clam vel precario possidebat». (ср. L. 3 Cod. Theodos. unde vi. 4. 22). [1])

---

[1]) Указанія на примѣненіе exceptio annalis въ новомъ искѣ имѣются въ l. 2 Cod. h. t.—Dioclet. et Maxim.—a. 293—„Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum annus excessit, certissimi juris est.“.

Vatic. fragm. 312—Dioclet. et Constant. a. 293:—„Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur, cum imperfectam perseveraos voluntas per doli mali replicationenem confirmet. Unde aditus praeses provinciae, si de possessione te pulsum animadvertit, nec annus excessit, ex interdicto Unde vi restitui te cum sua causa providebit, vel si hoc tempus finitum est, ad formulam promissam quasi nullas vires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examiata jure praeses provinciae sententiam ferre curabit“.

По истеченіи этого annus utilis потерпѣвшему отъ vis давался искъ противъ насильника о возвращеніи послѣднимъ того, въ какомъ размѣрѣ онъ обогатился—fr. 4 Dig h. t. ср. Vat. fragm. 312.

Въ Юстиніановомъ правѣ различіе между vis и vis armata существовало въ томъ лишь отношеніи, что въ случаѣ примѣненія vis armata искъ имѣлъ мѣсто со стороны потерпѣвшаго либерта или сына семьи противъ патрона или paterfamilias (fr. I § 43 Dig. h. t.).

Въ настоящее время большинство писателей признаютъ и при acto ex interdicto unde vi необходимость наличности юридическаго владѣнія (possessio) за dejectus'омъ, [1]).

Такого же взгляда держались и многіе писатели стараго времени, начиная съ глоссаторовъ [2]).

Это ученіе основывается главнымъ образомъ на трехъ мѣстахъ изъ сочиненій Ульпіана, помѣщенныхъ въ fr. I Dig h. t. а именно:

§ 3.—Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur».

§ 22.—Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videter. Et si igitur alius, per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere interdictum, nemini dubium est».

§ 23.—«Interdictum hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cum dejiceretur, possidebat, nec alius dejici visus est quam qui possidet» [3]).

---

[1]) Таковы напр.: Savigny-cit. § 40; Randa—Der Besitz *S.* 131; Appleton—De la possession p. 168; Bruns—Das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 63. Dernburg—Pandekten § 188. Baron—Pandekten § 122; Baron—Geschichte des röm. Rechts § 106; Windscheid—Lehrbuch des Pandektenrechts § 160 not. 1; Ruggieri—Del possesso § 112; Brinz—Lehrbuch der Pandekten § 183 п. 3 и § 137 п. 14.

[2]) Таковы напр., Azo—Summa in jus civil. Lugdini 1564 p. 216. Constantins Rogerius—De remediis possessoriis Tractatus juris tom. III, part. II. p. 245 n. 2. Cujacius—Quaest. Papin. Opus vol. IV, p. 652. Menochius—De recuperandae possessionis remediis XIV p. 168. Donellus—Commentar. in jus civ. lib. XV cap. 31. Pothier—De la possession p. 63 и др.

[3]) См. еще Paulus въ fr. 8 Dig h. t. и Labeo въ fr. 20 D. h. t., а равно fr. I § 4, Dig. Uti possidet. 43, 17 (Ulpianus), въ которомъ прямо сказано, что int. uti possidetis „proponitur post interdictum Unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio". Contra безъ достаточнаго основанія Ruggieri—cit. § 112.

Рядомъ съ этимъ имѣется въ литературѣ не малое количество сторонниковъ противоположнаго воззрѣнія, по которому искъ unde vi могъ быть примѣняемъ не только юридическимъ владѣльцемъ, потерпѣвшимъ насиліе, но равно и держателями имущества, если не всѣми, то по крайней мѣрѣ арендаторами и колонами [1]).

Въ пользу такого мнѣнія приводятся обыкновенно fr. I §§ 9, 10; fr. 3, § 13, 17; fr. 12, 18 и fr. I § 33 Dig h. t. (43.16). Ихъ мы здѣсь и разсмотримъ:

Fr. I §§ 9 и 10 D. h. t., тѣсно связанные взаимно общностью содержанія, гласятъ: (Ulpianus):

«Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possidet, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet».

«Denique si maritus uxori donaverit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non si colonus» [2]).

При толкованіи этихъ двухъ мѣстъ камнемъ преткновенія является вопросъ о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ naturalis possessio. При этомъ юристы, признающіе въ § 10 cit. исключеніе примѣненія unde vi для колоновъ, толкуютъ понятіе possessio naturalis каждый по своему, стремясь однако всѣ обособить это понятіе отъ простой detentio. Тѣ же, напротивъ, которые признаютъ possessio naturalis за простое detentio, стараются толковать приведенные выше §§ такимъ образомъ, чтобы признать и колоновъ защищаемыми посредствомъ unde vi.

Гласса (Ирнерія) къ „civiliter“ l. c. отмѣчаетъ:

«Civiliter id est juste, naturaliter id est injuste, pro quo est quod subiicit de uxore». Этотъ же взглядъ былъ принятъ позднѣе Дуареномъ [3]).

---

[1]) Таковы напр. Thibaut—въ Archiv für die Civilistische Praxis XVIII п. 13; Iousserandot—L'Edit perpetuel, n. 1012, p. 374; Pfeiffer—Was ist und gilt im römichen Rechte der Besitz S. 55; Kindel—Die Grundlagen des römischen Besitzrechts, S. 145 fg. и др.

[2]) Klein—Sachbesitz und Ersitzung S. 147 слѣд. толкуетъ эти мѣста въ томъ смыслѣ, что имп признана была допустимость Unde vi во всѣхъ случаяхъ detentio, *кромѣ* аренды; см. объ этомъ Ubbelohde—cit. S. 19.

[3]) Duarenus—Comment. in Dig. tit. De vi arm.

Azo (Summa in jus civil. Lugdini 1564 p. 116) пишетъ—„Naturaliter, ut cum est in re ipsa vel in conspectu: civiliter, quod est cum revertens non admittitur".—Donellus (lib. XV, cap. 31) замѣчаетъ: «naturaliter scilicet sibi, lege repugnante, non si naturaliter nomine alieno».

Савиньи (cit. § 7) понимаетъ § 10 въ томъ смыслѣ, что здѣсь дается интердиктъ въ пользу одаренной супруги, а не колона, и думаетъ,что жена такая имѣла юридическое владѣніе (а не possessio civilis) имуществомъ, подареннымъ ей мужемъ, указывая въ то же время, что въ § 9 possessio naturalis поставлена въ противоположность possessio civilis, чтобы точнѣе оттѣнить юридическое владѣніе. *Брунсъ* (Das Recht des Besitzes S. 65) признаетъ, что въ § 9 cit. говорится не о detentio, а о случаяхъ юридическаго владѣнія, которые не являются видами possessio civilis, толкуя § 10 cit. такъ же, какъ и Савиньи.

Тѣ писатели, которые признаютъ за одаренной супругой possessio civilis, толкуютъ § 9 cit. различнымъ образомъ. Такъ *Ruggieri* (op. cit. §§ 106—112), слѣдуя Глоссѣ „civiliter", допускаетъ интердиктъ въ пользу тѣхъ, кто владѣетъ вещью безъ justus titulus, какъ, напр., одаренная супруга, но не признаетъ его за тѣми, кто уполномоченъ отъ другихъ владѣть имуществомъ, какъ, напр., за колонами.

Изъ числа юристовъ, признающихъ possesio naturalis за detentio, *Pfeiffer*—(Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz? 1840 S. 45—46), не признавая за одаренной супругой юридическаго владѣнія, толкуетъ § 10 cit. въ томъ смыслѣ, что здѣсь интердиктъ дается одаренной супругѣ, если она удерживаетъ подаренное ей имущество въ своемъ непосредственномъ обладаніи; но защита такая исключается, если имущество сдано было ею въ аренду, ибо въ послѣднемъ случаѣ жена переставала быть держательницей имущества.

Какъ вѣрно отмѣтилъ еще *Rudorff*, въ этомъ мнѣніи столько же ошибокъ, сколько выставлено авторомъ положеній.

Kindel (Kritische Bemerkungen zu den Besitztheorien von Randa und Ihering... S. 213) интерпретируетъ спорное мѣсто

въ томъ смыслѣ, что „интердиктъ не дается женѣ, если мужъ лишитъ владѣнія только колона, не проявляя vis къ ней непосредственно". [1])

Намъ кажется, здѣсь представляется болѣе правильнымъ толковать разсматриваемое мѣсто въ томъ смыслѣ, что согласно ему, супруга имѣла не только detentio, но и юридическую possessio на полученное ею въ даръ имущество, въ противоположность колону, какъ это видно изъ § 10 cit. При этомъ и выраженіе possessio naturalis § 9 не означаетъ никоимъ образомъ простого держанія. Подтвержденіе этой мысли мы имѣемъ въ Базиликахъ (Basilic. XL, tit. 17. Cap. 7, ed Heimbach), гдѣ приведеннымъ §§ cit. scholia даетъ такое толкованіе:—«colonus autem fundo dejectus non agit interdicto, quia aliis possidet».

Относительно fr. 3 §§ 13—17 Dig., h. t., гдѣ говорится о защитѣ узуфрукта при помощи интердикта U. V., хотя бы utiliter (ср. *Bruns*—cit. S. 66), замѣтимъ, что они не могутъ служить въ пользу мнѣнія о допустимости unde vi въ защиту detentio.

Что касается fr. 12 и 18 Dig. h. t., то здѣсь говорится о колонѣ, измѣнившемъ causam possessionis, именно не допустивъ хозяина арендованнаго имъ участка на послѣдній, или вообще лица, уполномоченнаго хозяиномъ на полученіе владѣнія Какъ говоритъ *Куяцій.* [2]) «Videtur dominum dejecisse de possessione». Здѣсь колонъ именно и становится владѣльцемъ арендованнаго имъ участка съ момента такой dejectio, а не съ момента заключенія или договора аренды.

Относительно fr. 1 § 33 замѣтимъ лишь, что здѣсь «res depositae, commodatae etc.»—суть res mobiles, которыя могутъ быть объектомъ интердикта не сами по себѣ, а лишь въ составѣ недвижимости, на которой онѣ находятся, какъ partes или какъ принадлежность [3]).

[1]) См. критику этого мнѣнія у Randa Der Besitz S. 131 not 14.

[2]) Cujacius—Quaest. Papin. Op. Vol. IV, p. 652.

[3]) См. объ этомъ fr. 1 § 6 Dig. h. t. Klein—Sachbesitz und Ersitzung S. 147 слѣд. на основаніи fr. 1 §§ 9 и слѣд. Dig. h. t. утверждаетъ, что int. de vi давался всякому detentor'у, кромѣ только лицъ, владѣющихъ вещью по договору найма. См. критику этого мнѣнія у Ubbelohde.—cit. стр. 19 прим. Относительно различія possessio civilis и possessio naturalis см. Ruffini—Actio spolii 1889. p. 28—32, Savigny cit. § 7. Meischeider—cit. стр. 16, который самъ отказывается установить точныя черты въ различіи этихъ двухъ понятій—стр. 83, 84.

Кромѣ interd. U. V. въ римскомъ правѣ примѣнялись въ защиту противъ насильниковъ и иные иски, установленные по lex Julia de vi publica et privata, а равно рядомъ императорскихъ конституцій.

L. 1 § 2 Dig. h. t.—Ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum et privatorum nec non et constitutionibus principum". [1])

Сюда же слѣдуетъ отнести и установленную преторомъ Лукулломъ actio vi bonorum raptorum, по которой виновный въ vis присуждался in quadruplum.

Въ литературѣ имѣется мнѣніе, по которому признается, что начиная отъ времени императора Константина, actio ex causa interdicti Unde vi стала примѣняться, какъ actio momenti, какъ momentariae possessionis interdictum, не только въ случаяхъ утраты владѣнія по vis, но равно въ случаяхъ иного рода неправомѣрнаго лишенія владѣнія, (injusta causa amissionis), напр., путемъ обмана, незаконнаго правительственнаго распоряженія и др.

Сторонники такого мнѣнія, другими словами, хотѣли установить связь средневѣковаго иска—actio spolii съ римской unde vi, въ ея формѣ какъ actio momenti.

Первымъ юристомъ, пытавшимся научно обосновать признаніе actio momenti, былъ *Куяцій* [2]).

Указавъ, что Unde vi «nec omnino idem est, quo hodie utimur», Куяцій противопоставляетъ ему—„generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie redintegrandae beneficium appellamus". Самое наименованіе его momentariae possessionis interdictum—объясняетъ онъ тѣмъ, что искъ этотъ—„protinus interponatur sine ulla cunctatione, quoniam, ut idem Theophilus scribit, saepe controversia procedit ad cedes, vel ad vulnera, vel ad plagas"... Природа этого интердикта указана въ lex. 8 Cod. Unde vi—

---

[1]) Глосса указываетъ, въ числѣ этихъ конституцій L. 7 Cod. Unde vi 8, 4; L. 4 Cod. fin. reg. 3, 39 и L. 13 *Dig.* quod met. 4, 2 (decretum divi Marci).

[2]) Cujacius—Comment. ad codicem tit. IV, lib. VIII. Op. tom. IX pag. 1139. См. его же Observationes lib. XIX, cap. 16.

«quia generale est (interdictum), ideo haec lex octava id non semper pertinere ait ad possessionem usurpatam vi armata, aut vi non armata, sed etiam ad possessionem usurpatam alio modo».

Этихъ «другихъ способовъ» нарушенія владѣнія Куяцій указываетъ три, а именно [1]):

1) Errore vel incuria domini (argum. L. 5 Cod. Unde vi.
2) Sub specie et terrore rescripti aut judicati (arg. L. 6. Cod. h. t.).
3) Absente domino. (Arg. l. ult. Cod. h. t. [2]).

Это ученіе Куяція объ a. momenti встрѣтило суровый отпоръ со стороны Савиньи, за которымъ послѣдовало въ данномъ отношеніи господствующее нынѣ ученіе по этому вопросу. (Savigny—cit § 43).

Съ ученіемъ Куяція относительно actio momenti однако приходится считаться и до послѣдняго времени, въ виду того обстоятельства, что оно получило сильную поддержку въ лицѣ Іеринга, который выступилъ въ книгѣ своей «Vom Grund des Besitzschutzes» (см. русскій переводъ 1883 г. стр. 85 слѣд.) положительнымъ образомъ въ его защиту, признавая вмѣстѣ съ тѣмъ a. momenti за actio popularis.

---

[1]) Cujacii Observation. lib. XIX, cap. 16.

[2]) Сторонниками того же основного воззрѣнія на обособленное существованіе въ римскомъ правѣ послѣ Константина особый actio momenti являются между прочимъ: Діонисій Готофредъ (Dionisi Gotofred. Comment. ad Codicem VIII tit. IV L. 8 n. 9), который отмѣчаетъ въ своемъ комментаріи къ L. 8 Cod. h. t., что interd. momentariae possessionis „hodie vocatur redintegrandae possessionis cujus usus ductus videtur ex hac lege"; Яковъ Готофредъ, который признавалъ этотъ новый интердиктъ одновременно за интердиктъ recuperandae и retinendae possessionis, отмѣчая подробно, въ 12 пунктахъ, преимущества этого новаго средства защиты владѣнія. (Jacob. Gotofredus—Paratitlon in codicem Theodosianum t. I, p. 438; IV, 22); Azo, (Azonis—Summa in jus civile. Lugdini 1564 p. 215), который впрочемъ признавалъ a. momenti не новымъ способомъ поссессорной защиты, но средствомъ, обнимающимъ въ себѣ всѣ интердикты in genere, не только recuperandae, но и adipiscendae possessionis: „quia licet aliquis obtineat in possessione, subinde tamen et quasi continuo elapso momento succumbere poterit in judicium proprietatis". Изъ новыхъ писателей слѣдуютъ въ общемъ мнѣнію Куяція Sintenis—(Privatrecht II, § 124 Anm. 48) и Іерингъ (Grund des Besitzschutzes, переводъ Муромцева 1883 стр. 85 слѣд).

Называя actio momentariae possessionis искомъ sui generis, отличнымъ отъ int. unde vi, Іерингъ устанавляетъ между ними обоими черты различія въ томъ, что: 1) a momenti могла быть возбуждаема per quamcunque personam, и 2) что она имѣла мѣсто не только въ случаяхъ vis, но равно при всякой injusta causa amissionis. Какъ замѣчаетъ Іерингъ: «Двумя существенными особенностями характеризуется этотъ искъ (т. е. a. moment. possessionis), въ отличіе отъ int. unde vi древняго права. Первая изъ нихъ, о которой Савиньи не упоминаетъ вовсе въ своей книгѣ, была введена эдиктомъ Константина, см. L. I Cod. Theodos. h. t. (L. I Cod. Iust. si per vim 8.5), и кратко выражена въ эдиктѣ Ѳеодосія и Гонорія L. 3 Cod. qui legit, 3.6: Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam. Второе преобразованіе заключалось въ расширеніи понятія неправомѣрнаго захвата за предѣлы понятія vis». Такихъ случаевъ Ihering насчитываетъ три,—а именно: a) ошибка; b) недобросовѣстность представителя; c) присвоеніе владѣнія отсутствующихъ.

По поводу этихъ положеній Іеринга замѣтимъ слѣдующее:

Прежде всего, по поводу выраженій momentum, momentaria possessio, какъ уже указалъ Фиттингъ [1]), основываясь на цѣломъ рядѣ источниковъ, слово momentum означало на западѣ Римской имперіи владѣніе, status possessionis. Въ томъ же смыслѣ тамъ часто употреблялись выраженія: momentanea или momentaria possessio. Momentum же или momenti beneficium служили для означенія этимъ наименованіемъ вообще поссессорныхъ интердиктовъ, или интердиктовъ, какъ родового понятія. (Ср. *Ubbelohde*—cit. S. 604 слѣд.).

Брунсъ послѣ подробнѣйшаго изслѣдованія смысла всѣхъ leges и отрывковъ изъ сочиненій писателей, гдѣ только встрѣчаются эти выраженія, установилъ то безспорное теперь положеніе, что слово momentum въ IV и V вѣкахъ означало владѣніе; въ VI вѣкѣ у варваровъ имъ называли

---

[1]) *Fitting*—Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätere Kaiserszeit (Zeitschrit f. Rechtsgechichte Bd. XI p. 433 cq.).

поссессорные иски, потомъ снова possessio, наконецъ, еще позднѣе и possessio и actiones possessoriae безразлично. Юстиніанъ старательно избѣгалъ такого смѣшенія, постоянно употребляя выраженія momentanea или momentaria possessio, въ реципированныхъ имъ мѣстахъ Cod. Thedosiani, взамѣнъ стоявшихъ въ послѣднемъ словъ momentum. Во всѣхъ мѣстахъ затѣмъ, гдѣ это выраженіе встрѣчается, оно служитъ для означенія объекта, а не основанія права на искъ, причемъ въ такомъ именно смыслѣ оно перешло и въ Базилики.

Въ виду этихъ выводовъ Брунса (*Bruns* Die Besitzklagen S. S. 89—91) становится очевидно ошибочнымъ утвержденіе Іеринга, будто бы расширеніе области примѣненія поссессорныхъ исковъ совпало съ появленіемъ новаго наименованія. (*Іерингъ*—cit. русск. пер. 1883 г. стр. 86)[1]).

Въ виду важности этихъ выводовъ Брунса для нашей работы изложимъ ихъ здѣсь подробнѣе.

Брунсъ, разсматривая, съ исторической точки зрѣнія, различныя императорскія конституціи, признаетъ, что у Ульпіана и Павла осталось неизмѣненнымъ старое представленіе о vis и объ интердиктахъ. Діоклетіанъ же, отмѣнивъ старое интердиктное производство, ввелъ этимъ реформу

---

[1]) Brinz. (Brinz-Pandecten § 183) отмѣчаетъ то обстоятельство, что съ отмѣной интердиктнаго процесса въ собственномъ смыслѣ, самое наименованіе интердиктовъ перестало употребляться не вполнѣ, а лишь въ части; причемъ въ дополненіе на случаи, гдѣ этотъ терминъ перестали употреблять, начали примѣнять слова actio momenti, придавая имъ общее понятіе всякаго средства возстановленія нарушеннаго владѣнія (momenti reformatio), на основаніи предшествовавшаго владѣнія и такимъ же способомъ, какъ и при интердиктахъ. Позднѣе служилъ онъ для означенія правилъ противъ самоуправства (privata violentia). Только со времени реформы Юстиніана были возстановлены въ прежнемъ своемъ положеніи интердикты.—Такое объясненіе имѣетъ за себя безспорное историческое основаніе. Дѣйствительно, новый терминъ установляется со времени Константина, императора, вступившаго на престолъ послѣ Діоклетіана, именно творца реформы процесса, когда было отмѣнено старое интердиктное производство. Когда Юстиніанъ реставрировалъ, до извѣстной степени, послѣднее, онъ не воспользовался новымъ терминомъ momentum, momentaria possessio. Въ особенности рельефно видно это въ его институціяхъ, гдѣ выраженіе momentaria possessio вовсе не встрѣчается.

чисто формальнаго характера, вмѣстѣ съ actio utilis ex causa interdicti. Потому то онъ и повторяетъ въ своихъ конституціяхъ: «vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo...» (*Bruns*—cit. S. 86, 87).

Только Константинъ началъ говорить о независимой actio recuperandae possessionis. Поэтому нельзя согласиться съ Іерингомъ, что недостаточная ясность, съ формальной стороны, стараго понятія интердиктовъ облегчила возможность распространенія области ихъ примѣненія.

Отъ Константина имѣется три конституціи, въ которыхъ помѣщены выраженія momentum, momentaria possessio. Для насъ важны, собственно говоря, изъ нихъ двѣ, изъ которыхъ одна постановлена въ пользу отсутствующихъ. Разсматривая подробно ея содержаніе, Брунсъ (cit. S. 92, 93) утверждаетъ, что въ ней нѣтъ ничего такого, чего не было бы въ старыхъ интердиктахъ или въ замѣнившей ихъ actio utilis. Другая конституція Константина, это та, на которой основываютъ ученіе act. momentariae possessionis по причинѣ error (ошибки). Конституція эта помѣщена въ ея настоящемъ видѣ, какъ L. 1 Cod. Theodos. Fin. regund. II 26. Въ Кодексѣ же Юстиніана, она имѣется частью въ титулѣ Fin. regund. (L. 3 Cod. III. 39) частью же въ титулѣ Unde vi. Въ ея полной формѣ (которая только и имѣетъ для насъ значеніе, съ исторической точки зрѣнія) она имѣетъ такое содержаніе: Если возбуждается споръ о межахъ (границахъ имѣній), то прежде д. б. рѣшенъ вопросъ о владѣніи (possessio) такъ какъ лишь послѣ этого agrimensor можетъ выяснить вопросъ о правѣ собственности; тогда какъ вопросъ о владѣніи, его разрѣшеніе, находится внѣ его компетенціи. Если при этомъ агримензоръ найдетъ, что участки принадлежатъ ихъ владѣльцу, онъ отказываетъ въ искѣ истцу. Въ противномъ случаѣ владѣлецъ является обязаннымъ выдать loca своему противнику и еще уплатить законную пеню, если будетъ виновенъ въ проявленіи vis. Въ случаѣ же захвата имъ чужого имѣнія не насильно, а per errorem aut incuriam domini—пени на такого субъекта не налагалось.

Очевидно, при такомъ содержаніи данной конституціи, нѣтъ возможности утверждать, что ею устанавливается но-

вое средство поссессорной защиты въ случаѣ ошибки или небрежности (incuria) (Bruns—cit. S. 94, 95).

Подъ эдиктомъ должно понимать здѣсь не преторскій эдиктъ, по которому во всякомъ случаѣ не было установлено штрафовъ за dejectio, но эдиктъ императора, вѣрнѣе всего (ср. *Ubbelohde*—cit. S. 676) самого же Константина отъ 319 года (L. 3 Cod. Teodos. ad leg. Iul. de vi 9, 10), по которому violentus invasor на чужой земельный участокъ карался ссылкой и конфискаціей всего имущества.

Конституція Граціана, Валентиніана и Ѳеодосія отъ 382 г. (L. 2 Cod. Theodos IV, 22; L. 6 Cod. Iustin. 8, 4) не установляетъ новаго поссессорнаго иска. Содержаніе ея таково: Кто, начиная процессъ въ порядкѣ per rescriptum principis получилъ уже императорскій рескриптъ, но вмѣсто того, чтобы (въ обычномъ порядкѣ веденія такого процесса) представить его въ судъ для инсинуаціи и сообщенія противнику [1]), угрозой этого рескрипта вынудитъ себѣ владѣніе отъ противника, тотъ въ наказаніе *теряетъ свой процессъ* въ пользу послѣдняго. Тѣ же послѣдствія законъ опредѣляетъ лицу, которое послѣ состоявшагося въ его пользу *неокончательнаго* судебнаго рѣшенія, обманно выдавая послѣднее за приговоръ въ окончательной формѣ, вытребуетъ владѣніе отъ своего противника.

Такимъ образомъ, здѣсь карой такихъ дѣйствій виновнаго является утрата имъ права на искъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы видимъ здѣсь, правда въ единичномъ случаѣ, однако крупное расширеніе области примѣненія a. unde vi не только въ случаяхъ проявленія vis въ собственномъ смыслѣ слова, но и въ случаѣ обмана и угрозъ quasi—законными средствами. Далѣе въ той же L. 2 Cod. Theod. cit. помѣщено правило на случай, когда опекуны малолѣтнихъ ведутъ за послѣднихъ искъ объ имуществѣ въ цѣляхъ не выиграть, а проиграть дѣло въ пользу противной стороны.

---

[1]) См. Bethmann—Hollweg—Der römische Civilprocess Bd. III, § 164, S. 351.

И здѣсь нельзя съ Іерингомъ видѣть первый примѣръ поссессорнаго иска въ силу недобросовѣстности представителя, такъ какъ здѣсь не говорится объ искѣ, данномъ пупиллу противъ его опекуновъ или попечителей, согласившихся покинуть владѣніе его имуществомъ, чтобы предоставить таковое противнику, но о violentia, проявленной ими отъ его имени; въ такихъ случаяхъ возстановляли владѣніе, а съ опекуновъ или попечителей взыскивалась пеня. (*Bruns*—cit. S. 96, 98).

Въ рескриптѣ Валентиніана I отъ 376 года (L. unic. Cod. III, 16), гдѣ говорится—„Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversum eum, qui possesionem turbavit, convenit judicare“,—не содержится противопоставленія двухъ понятій—vis facta и moment. possess. postul., но одно является основаніемъ, а другое содержаніемъ иска, точкой же ихъ соединенія является—„qui possessionem turbavit“, что всегда означаетъ насильственное нарушеніе владѣнія. (*Bruns—cit* S. 98, 99).

Законъ Валентиніана II отъ 385 г. относится только къ однимъ аппелляціямъ (L. 1 Cod. Theodos. II, 37; L. 1 Cod Iustin. VII. 69).

Законъ Аркадія и Гонорія 395 года (L. 8 Cod. Theod. II, 1; L. 8 Cod. Iustin. VIII, 4), которому Іерингъ придаетъ особенное значеніе, является на самомъ дѣлѣ лишь закономъ о подсудности; и случаи, въ которыхъ actio moment. possessionis не даетъ мѣста обвиненію ex lege Julia, суть тѣ, въ которыхъ interdictum Unde vi возбуждался противъ 3-го лица, „quia pervenit aliquid ad eum“, когда dejectio была совершена въ пользу другого лица, безъ его вѣдома и желанія (*Bruns*—cit S. 99, 102).

Тремъ leges Аркадія, Гонорія и Ѳеодосія, отъ 396, 397, 414 г.г. [1]) въ пользу отсутствующихъ Іерингъ придаетъ значеніе потому, a) что a. possessoria сдѣлалась a. popularis; что b) она распространилась на судебныя распоряженія.

---

[1]) LL 4, 5, 6 Cod. Theod. IV. 22; два послѣднихъ имѣются и въ Юстин. кодексѣ—LL. 2, Cod. 8, 5, L. 3 Cod. III. 6.

Но первый и третій законы не предоставляютъ вчинать этотъ искъ всякому субъекту, а лишь тому одному, кто владѣетъ вещью по какому-либо титулу для отсутствующаго.

Третій законъ, который представляетъ собою рескриптъ на спеціальный случай, устанавливаетъ, что exceptio obreptionis дается въ томъ лишь случаѣ отвѣтчику, если истецъ, предъявляя actio moment. possessionis за отсутствующаго, на самомъ дѣлѣ получилъ рескриптъ въ свою пользу «sub colore adipiscendae possessionis». Субъектъ actionis momentariae possessionis и obreptionis всегда здѣсь одинъ и тотъ же. Здѣсь еще дѣло идетъ объ unde vi.

Второй законъ содержитъ въ себѣ лишь примѣненіе общаго правила, по которому противъ отсутствующихъ, non contumaces, недопустимы приговоры суда и исполненіе послѣднихъ. Рескриптъ этотъ, не вводя какихъ-либо новшествъ, равно не устанавливаетъ и новаго поссессорнаго иска, повторяя лишь то, что было извѣстно уже за 200 лѣтъ до него, (*Bruns*—cit S. 103—107).

Въ L. 12 pr. Cod. de poss. 7.32 Юстиніанъ опредѣляетъ, что если представитель владѣльца броситъ (dereliquerit) его имущество, или передастъ другому во владѣніе, «domino nihil praejudicii generetur». Это послѣднее выраженіе не можетъ означать въ первомъ случаѣ продолженія владѣнія, а во второмъ—утрату послѣдняго и поссессорный искъ для его обратнаго полученія. Въ Базиликахъ оба эти случая означаются однимъ словомъ—ἀποστῇ. Такимъ образомъ здѣсь не установляется a. momenti на случай недобросовѣстности представителя. *(Bruns*—cit. S. 108—120*)*.

Что касается L. 11 Cod. U. V., здѣсь Bruns признаетъ вмѣстѣ съ Іерингомъ vacua possessio, въ смыслѣ владѣнія оставленнаго, но не утраченнаго ранѣе момента occupatio. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ различаетъ, вслѣдъ за Папиніаномъ, непосредственнаго владѣльца, удерживающаго владѣніе solo animo, и владѣльца посредственнаго, т. е. удерживающаго владѣніе за собой при помощи представителя, и думаетъ, что remedium Юстиніана имѣло примѣненіе только въ этомъ послѣднемъ случаѣ, не предусмотрѣнномъ древнимъ правомъ,

когда лицо утрачивало владѣніе еще ранѣе того, чѣмъ оно получило свѣдѣнія объ этой утратѣ. (*Bruns*—cit. S. 120—132).

Въ конечномъ результатѣ своей критики и разсужденій Брунсъ заявляетъ слѣдующее: 1) Ни въ одномъ изъ указанныхъ выше leges, за исключеніемъ случаевъ владѣнія отсутствующихъ, нѣтъ указаній на прямое измѣненіе старыхъ матерьяльныхъ условій примѣненія поссессорной защиты, или на введеніе новаго иска рядомъ съ U. V. 2) Съ точки зрѣнія историческаго развитія leges, нигдѣ не имѣется основаній для противоположнаго мнѣнія. 3) Такое новшество не могло быть проведено tacite, что было бы противно постоянному стремленію Юстиніана подчеркивать и оттѣнять всѣ новости въ правѣ.

Такимъ образомъ должно признать, что въ римскомъ правѣ еще не было создано, какъ это позднѣе установило средневѣковое jus canonicum, интердикта въ защиту противъ всякой injusta causa amissionis. Здѣсь такая защита давалась только противъ насилія и тайнаго присвоенія чужой вещи. Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя однако отрицать, что понятіе насилія (vis) какъ оно установлено въ позднѣйшихъ источникахъ, толкуется ими lato sensu, не только въ смыслѣ старой vis atrox. Равно нельзя отрицать, что уже въ римскомъ правѣ были установлены, на нѣкоторые немногіе случаи спеціальнаго характера, въ виду ихъ важности—новыя средства защиты, *аналогичныя* лишь поссессорнымъ. Въ этой сторонѣ своего развитія римское право пошло новой дорогой; но область эта не получила своего дальнѣйшаго развитія, которое дано было праву уже въ средніе вѣка [1]).

Равнымъ образомъ оказалось далеко не господствующимъ въ литературѣ предмета мнѣніе Іеринга, что a. momenti была actio popularis. По крайней мѣрѣ *Брунсъ*. (Bruns —cit. S. 92 слѣд. 103 слѣд.) и *Уббелоде* (*Ubbelohde*—cit S. 667 fg.) вполнѣ убѣдительно доказали, что взглядъ этотъ Іеринга вызванъ невѣрнымъ съ его стороны толкованіемъ

---

[1]) Pro: Meischeider—cit. S. 462; Appleton—cit. § 180; Randa—Besitz S. 133; Contra: Baron—Pandekten § 122; Brinz—Pandekten I Aufl. S. 86; съ 5-го изданія Бринцъ однако измѣнилъ свой взглядъ см. S. 749.

относящихся сюда мѣстъ источниковъ, а именно: L. 1 Cod si per vim 8,5; L 4 Cod. Thedos. unde vi 4,22; L 3 Cod. qui legit. pers. 3,6. Ихъ мы здѣсь и разсмотримъ.—

L. 1 Cod. Iust. Si per vim 8,5 (326 г.) (*L 4 Cod. Theodos. unde vi* 4,22). [1])

Въ приведенной конституціи императоръ прежде всего предписываетъ судьямъ *ex officio* вступаться за отсутствующихъ въ случаѣ, если у нихъ будетъ отнято владѣніе какими либо вещами. При этомъ однако causa principalis, т. е. вопросъ о титулѣ владѣнія, о томъ въ силу какого *права* лицо владѣетъ, долженъ оставаться безъ разсмотрѣнія; а разбирательству долженъ подлежать именно вопросъ о владѣніи лица отсутствующаго, у котораго отнята была вещь во время нахожденія ея въ рукахъ друга, раба, близкаго лица вообще. Эти послѣдніе держатели не могли быть устраняемы отъ возможности возбужденія ими иска въ порядкѣ поссессорномъ, на основаніи того, что у нихъ нѣтъ

---

[1]) „Iudices absentium qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes ut id (въ Cod. Theodos. еще стояло—absentes. Hos tamen judices, quos absentium jussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut illibatis atque omnibus integris causae principalis externis id) solum diligenter inquirant, an ejus, qui quolibet mode („pacto“ cod. Theod.) peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel parens vel proximus vel amicus vel colonus vel libertus seu servus quolibet titulo retinebat, nec eos, qui eiecti sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiunda re secludant, nec, si servi sint, eorum reiciant in jure personas quia hujusmodi condicionis hominibus causas orare fas non sit: sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri convenit, ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, ac si reversus dominus litigasset. § 1. Cuitamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulgemus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel parentes vel proximos vel amicos et colonos vel libertos interea differatur. Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitum, est, sed reformatio statu, qui per injuriam sublatus est, omnia quae supererunt ad disceptationem litigii immutilata permaneant: iudicio servato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri“.

достаточныхъ на то полномочій и правъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ закономъ этимъ отмѣняется ограниченіе извѣстнымъ временемъ права предъявленія иска о возстановленіи насильственно отнятого владѣнія; при томъ какъ для держателей вещи такъ и для ея прежняго владѣльца, у котораго она отнята; послѣднему равнымъ образомъ предоставляется право вести дѣло и въ порядкѣ петиторномъ.

Предоставленіе защиты владѣнія отсутствующаго самому судьѣ ex officio является первымъ случаемъ признанія возможности защиты владѣнія въ порядкѣ административномъ.

Допущеніе же держателей къ такой защитѣ представляется, какъ мы говорили уже выше, одной изъ первыхъ робкихъ попытокъ въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ расширенія области юридически защищаемаго владѣнія *въ интересахъ* вещно на то управомоченнаго субъекта, черезъ его представителей, довѣренныхъ или вообще близкихъ ему лицъ—держателей вещи. На дозволеніе же cuilibet ex populo охранять владѣніе субъекта (a. popularis) здѣсь мы указаній не имѣемъ [1]).

---

[1]) Правило Константина, здѣсь изложенное, было позднѣе повторено Аркадіемъ и Гоноріемъ въ 396 г.—l. 4 Cod. Theodos unde vi 4, 22. Здѣсь въ самомъ законѣ указано, что его содержаніе есть именно повтореніе правилъ стараго закона ad hoc., т. е. l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22=l. 1 Cod. Just. 8, 5; причемъ repetendi copia представляется здѣсь не всякому желающему, но лишь тому, кто utendae rei habuit facultatem. Очевидно, что такой detentor и понимается здѣсь подъ quaelibet persona, по требованію которой должно быть возвращено отсутствующему лицу отнятое у него владѣніе. Этимъ обстоятельствомъ объясняется и тотъ фактъ, что редакторы Юстиніанова кодекса не помѣстили въ послѣдній l. 4 Cod. Theod. 4, 22 какъ простое повтореніе правила 1 Cod. si per vim 8, 5. Въ. виду сказаннаго ошибочнымъ является утвержденіе Іеринга будто бы l. 4 Cod. Iust. cit давалъ actio momenti не только детенторамъ, но равно всѣмъ лицамъ, близкимъ къ отсутствующему владѣльцу (Bruns-cit S. 103 fg.).

Равнымъ образомъ невѣрной представляется ссылка Іеринга на f. 6 Cod. Theod. Unde vi 4, 22, въ подтвержденіе характера a. momenti, какъ acto popularis [1]).

Какъ указалъ *Брунсъ* (*Bruns*-cit. *S.* 104) эта конституція представляетъ собою отвѣтъ императоровъ не на просьбу частнаго лица, но на запросъ проконсула Африки по отдѣльному частному случаю, и видѣть въ ней новое правило права нѣтъ достаточныхъ основаній; напротивъ, здѣсь отвѣтъ императора основанъ на существующихъ предписаніяхъ положительнаго права. Между тѣмъ, какъ мы указали выше, это послѣднее въ *L. 1 Cod. Theodos. Unde vi 4, 22* и *l. 4 Cod. Theodos h. t. 4, 22* дозволяло detentor'амъ искаться въ поссессорномъ порядкѣ владѣнія, vi отнятого, въ пользу отсутствующихъ владѣльцевъ и ничего не знало о правѣ cujuslibet ex populo, т. е. даже на детенторовъ, предъявлять такіе иски противъ насильниковъ. По этому и слова l. 6 Cod. *Theod.* 4, 22—Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam—должно понимать, какъ признаніе за всякимъ держателемъ вещи права искаться о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *отсутствующаго* possessor'a. Въ пользу такого толкованія l. 6 Cod. Theod. cit. говоритъ равнымъ образомъ и то обстоятельство, что эта конституція помѣщена была въ кодексѣ Юстиніана редакторами его подъ рубрикой—Qui legitimam personam in judiciis habent vel non (l. 3 Cod. Iust. 3, 6). Это было бы непонятно и не логично, если бы здѣсь говорили о предъявленіи простой a. popularis, требующей отъ истца не спеціальной процессуальной дѣеспособности, но лишь одного права гражданства (*Ubbelohde*—cit. S. 671).

Новостью, сравнительно съ прежними правилами, въ приведенныхъ выше конституціяхъ является еще признаніе

---

[1]) L. 6 Cod. Theod. nnde vi 4, 22=23 Cod. Iust qui legit. person 4, 6. 414 года:—Honorius et Theodosius II;

„Momenti actio exerceri potest per quamcunque personam. Sub colore autem adipisendae possessionis obrepta petitio alteri obesse non debet, maxime cum absque conventione personae legitimae initiatum jurgium videatur Nihil autem opituletur conventio circa minorem habita, cum id rectius circa curatorem debuerit custodiri".

защиты путемъ actio ex interd. U. V, не только имѣній, но и *движимостей* (Contra *Bruns*—cit. S. 92 fg.). По крайней мѣрѣ въ этомъ отношеніи l. 1.—cit. говоритъ прямо объ отсутствующихъ владѣльцахъ, qui cujuslibet rei possessione privati sunt. Точно также и въ l. 4 Cod. Theod. cit. имѣемъ мы указаніе на примѣненіе этой actio на случай, если у отсутствующаго владѣльца perturbatus possessionis status sit vel direptum *aliquid*. Ограничивать и здѣсь область примѣненія иска ex interd. unde vi однимъ недвижимымъ имуществомъ мы не имѣемъ права. (Ср. *Ubbelohde*—cit, S. 671—672).

Violentia, какъ явленіе не совмѣстное съ земскимъ миромъ (pax publica), вызвала противъ себя рядъ законоположеній императоровъ, начиная съ Константина.

Изданіе этихъ новыхъ законовъ противъ vis совпадаетъ съ временемъ, когда наступило въ государствѣ затишье послѣ кровавыхъ смутъ и раздоровъ, въ періодъ которыхъ римская имперія была въ корнѣ потрясена взаимной борьбой изъ за власти соимператоровъ и претендентовъ на престолъ.

Какъ извѣстно, въ этомъ отношеніи почти все время отъ провозглашенія войскомъ въ 306 году Константина императоромъ и до 325 года, когда онъ признанъ былъ единственнымъ августомъ, представляетъ собою почти безпрерывныя междуусобицы въ государствѣ, когда не только имущество, но и жизнь мирныхъ гражданъ подвергались постоянно величайшей опасности отъ насильниковъ и войскъ:— Сперва борьба Константина съ Максиміаномъ (310 г.) на югѣ Галліи, потомъ рядъ упорныхъ битвъ противъ Максенція въ Италіи (312 г.); разрывъ и война соправителя Лициніа съ Максиминомъ во Фракіи (313 г.); затѣмъ ожесточенная борьба Константина съ Лициніемъ до полнаго взаимнаго истощенія силъ, на Балканскомъ полуостровѣ, во Фракіи же (314—325 г.г.), пока Константину не удалось, путемъ чрезвычайныхъ усилій, одолѣть противника и сдѣлаться, послѣ его смерти, въ 325 г., единымъ повелителемъ имперіи, заложивъ себѣ новую столицу (Константинополь) на слѣдующій годъ послѣ окончанія войны (326 г.).

Въ борьбѣ противъ насилій и самоуправства, защищая pax publica, Константинъ еще въ 317 г. издалъ два закона, каравшіе смертной казнью лицъ, виновныхъ въ manifesta violentia, violenta invasio, на чужой земельный участокъ (l. l. 1,2 Cod. Theodos. ad leg Jul. de vi 9.10).

Въ 330 году Константинъ издалъ спеціальный законъ противъ самоуправно поступающихъ при спорахъ о межахъ, въ силу котораго тяжущійся, виновный въ самовольномъ захватѣ пограничнаго участка во владѣніе ранѣе судебнаго о томъ приговора въ окончательной формѣ, является обязаннымъ при проигрышѣ процесса, не только выдать этотъ участокъ земли, но еще уступить противнику изъ собственной недвижимости участокъ, равный захваченному[1]).

Еще большее значеніе въ исторіи развитія защиты противъ vis играетъ конституція Валентиніана, Ѳеодосія и Аркадія отъ 389 г. [2]).

Основной предусмотрѣнный здѣсь казусъ таковъ: Нѣсколько лицъ насильственно захватили каждый себѣ во владѣніе вещи изъ конфискованнаго въ казну имущества, утверждая, что они-собственники этихъ res. Законъ запре-

---

[1]) L. 2 Cod. Theodos. fin. regund. 2.26=L 4 Cod. Iustin. 3.39:

„Si constiterit eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse, non solum id quod male petebat, amittat, sed quo magis utriusque contentus suo rem non expetat juris alicui, is, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus, tantum agri modum quantum diripere tentavit, amittat.“—

[2]) Cod. Theodos.—unde vi. 4,22—„Plerosque detectum est rem privatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiverat, invasisse: quam nos a retentatoribus erepum sociari jubemus aerario, punientes contumacius, quam decus publicum sinebat, erectos, ut, qui litem inferre potuissent, nollent exspectare judicium ac spernerent victoriam, quam justitiae praescripsisset eventus, et amplecterentur, quod dedisset audacia. Cadat igitur lite, quisquis operire noluerit litis eventum, et quod recipere lege potuisset, contempter examinis violentus amittat. Jlli vero, quos in tantum furorem provexit audacia, ut quod jurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante êventum judicialis arbitrii illicita praesumptione temerarent, aestimationem rei, de qua litigari convenerat, cogantur exsolvere. Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus, Illud autem ab officio magnificentiae tuae cavendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra litem exspectare, non inferre cogatur, neque expetat, sed patiatur examen“.

щаетъ такое самоуправство, постановляя, что если виновными въ томъ лицами окажутся дѣйствительные собственникъ этихъ вещей, они теряютъ свое право собственности въ пользу казны, во владѣніе которой отбираются отъ нихъ и самыя вещи. Если же такими захватчиками окажутся не собственники, то они должны не только передать эти res во владѣніе казны, но и уплатить сверхъ того стоимость послѣднихъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ далѣе обобщаетъ означенное правило, указывая, что тѣ же нормы должны быть примѣняемы въ случаяхъ совершенія такого же насильственнаго захвата вещей у частныхъ лицъ („Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus“).

Эта конституція послужила редакторамъ Юстиніанова кодекса въ значительно измѣненномъ ими видѣ *Матерьяломъ* для изданія знаменитой *L. 7 Cod. unde vi 8, 4*, къ болѣе подробному разсмотрѣнію которой мы перейдемъ ниже. [1])

---

[1]) Въ тоже время въ Дигестахъ мы имѣемъ Decretum divi Marci, по которому такъ же карались, какъ позднѣе насильники, кредиторы, самовольно захватившіе у своихъ должниковъ движимыя и недвижимыя вещи, которыя должники обязаны были выдать имъ. Основная идея этого эдикта, можно думать, и послужила базой позднѣйшаго развитія ученія о защитѣ противъ vis въ императорскомъ правѣ: fr. 13 Dig. quod metus causa 4, 2—Callistratus:

„Exstat enim decretum divi Marci in haec verba; „Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris, Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulneretur? vis est et tunc, quotiens quis id quod deberi sibi putat non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo judice temere possedisse vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse: jus crediti non habebit“.

Самъ Юстиніанъ, въ институціяхъ своихъ, какъ можно думать, указываетъ, что Unde vi имѣетъ примѣненіе только при недвижимостяхъ:

„§ 6 Inst. de interd. 4, 15—„Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui dejecit cogitur restituere possessionem, licet is ab eo qui vi dejecit vi vel clam, vel precario possidebat“. Вслѣдъ затѣмъ Юстиніанъ самъ дѣлаетъ ссылку на приведенныя нами выше „sacrae constitutiones“ и на тѣ послѣдствія, какія ими указаны для лица, виновнаго въ насильственномъ захватѣ владѣнія. - Sed ex sacris constitutionilus, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur“.

Въ знаменитомъ *L. 7 Cod. unde vi 8, 4* Юстиніана правила объ отвѣтственности за vis изложены слѣдующимъ образомъ:

Jmpp. *Valentinianus, Theodosius et Arcadius* ad Messianum comitem rerum privatarum a. 389.

— «Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaseret, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium ejustem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur».

Если кто, говорится здѣсь, ранѣе судебнаго о томъ разбирательства, насильно вступитъ во владѣніе (possessionem invaserit) спорными вещами казны или частныхъ лицъ, тотъ теряетъ и собственность и владѣніе ими въ пользу своихъ противниковъ: а если насильникамъ такимъ захвачены *чужія* вещи, онъ долженъ выдать не только ихъ во владѣніе противнику, но еще уплатить въ его пользу полную стоимость этихъ вещей. (Ср. § 1 Instit. vi bonor. 4, 2).

Lex 7 Cod. cit. давалъ владѣльцу, ставшему жертвой насилія, возможность не только вытребовать вещь себѣ во владѣніе, но еще и прочно задержать объектъ въ своемъ обладаніи, не доказывая даже своего права собственности на него. Этотъ послѣдній результатъ какъ кара за самоуправство и былъ истинною цѣлью закона; возстановленіе же владѣнія было здѣсь лишь второстепеннымъ послѣдствіемъ.

Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ новымъ институтомъ, а не съ случаемъ расширенія unde vi или иного стараго поссессорнаго средства защиты. Вмѣстѣ съ тѣмъ это новое remedium является не поссессорнымъ искомъ, а condictio ex lege, съ чертами actio poenalis, имѣющей однако результатомъ своимъ охрану и владѣнія отъ насилія, при томъ охрану въ болѣе упрощенной и удобной для примѣненія формѣ, чѣмъ старые интердикты.

Appleton (cit. p. 171) замѣчаетъ, что законъ противъ самоуправства, (L. 7 cit) какъ всѣ вообще чрезвычайныя мѣры,

не долженъ былъ имѣть частое примѣненіе въ жизни. Это мнѣніе можетъ быть принято, но лишь для перваго времени послѣ опубликованія этого L. 7. Cod. cit, тѣмъ болѣе, что Валентиніанъ III, подтверждая вновь его обязательную силу, грозилъ строгими карами судьямъ, если тѣ не пожелаютъ примѣнять этого закона въ судахъ. Но для послѣдующаго времени мы имѣемъ рядъ указаній источниковъ, что такая защита часто примѣнялась, и пользовалась кредитомъ и извѣстностью. Указаніе на это видимъ мы, напр., въ § 6 Inst. de vi bonor. raptor. [1]).

Можно даже прямо сказать вслѣдъ за *Майнцемъ*, [2]) что закономъ Валентиніана было отнято всякое практическое значеніе за unde vi. Цѣлью примѣненія послѣдняго была борьба противъ квалифицированнаго насилія, т. е. особенно преступной vis. Равнымъ образомъ на случай болѣе тяжкой violentia былъ составленъ lex cit, какъ это ясно изъ его строгости, а равно изъ фразъ его—«Tantam furoris.... audaciam». При этомъ не важно, что онъ говоритъ спеціально о насиліи лица, утверждающаго что такимъ путемъ онъ осуществляетъ свое право, ибо, по замѣчанію *Виндшейда,* не долженъ быть слабѣе наказанъ тотъ, кто совершаетъ насиліе безъ увѣреній при этомъ въ своей правомѣрности.

Оба способа защиты были пенальными и не погашавшимися годичной давностью; оба не допускали exceptio vitii. Но законъ Валентиніана являлся несравненно болѣе выгоднымъ для истца въ томъ отношеніи, что имъ признавались за потерпѣвшимъ отъ насилія, послѣ доказательства имъ своего владѣнія и его насильственнаго отнятія, не только владѣніе спорнымъ предметомъ, но и право собственности на послѣдній. Этимъ объясняется, почему Юстиніанъ счелъ излишнимъ вводить въ Corpus juris правила объ interd. de vi armata (за ихъ излишествомъ).

Иное наблюдаемъ мы въ отношеніи къ interd. de vi non armata.

---

[1]) Melius divalibus Constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem mobilem existimet".

[2]) Maynz-Droit romain § 90 Note 19).

Необходимо замѣтить, что въ императорскомъ законодательствѣ вытребованіе владѣнія обратно не было болѣе въ гражданскомъ порядкѣ ограничиваемо только античной областью vis atrox, но имѣло мѣсто равнымъ образомъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ violentia не была наказуема; укажемъ здѣсь хотя бы на L. 8 Cod. unde vi съ его momentaria actio. Во всякомъ случаѣ почитается внѣ всякаго сомнѣнія тотъ фактъ, что recuperatio possessionis имѣла здѣсь примѣненіе во многихъ случаяхъ, гдѣ возбуждался вопросъ о vis publica или privata, гдѣ къ тому же не была нужна и inscriptio. На подобные случаи, не могли быть распространяемы правила L. 7. Cod. cit. Такимъ образомъ очевидно, что еще существовала серьезная практическая потребность въ interd. unde vi, какъ въ actio civilis, въ частности именно въ двухъ случаяхъ, каковы:

a) Когда дѣло шло о violentia не деликтной.

b) Когда истецъ не хотѣлъ пользоваться пенальнымъ искомъ, т. е. не хотѣлъ совершать denuntiatio о понесенномъ насиліи, при помощи inscriptio, результатомъ которой могло оказаться наказаніе самого истца таліономъ, въ случаѣ проигрыша имъ дѣла въ пользу отвѣтчика (*Appleton*—cit. p. 179).

Насильственное spolium давало такимъ образомъ по юстиніановому праву основаніе для вчиненія двухъ рекуператорныхъ исковъ:

a) одного уголовнаго (пенальнаго) на случай наказуемой violentia, примѣнявшагося къ движимостямъ и не движимостямъ и непогашавшагося годичной давностью;

b) другого гражданскаго, обнимавшаго собою кромѣ случаевъ наказуемой violentia, случаи ненаказуемой violentia, и не примѣнявшагося къ движимостямъ; погашался онъ годичной давностью.

Оба иска эти не примѣнялись противъ третьяго пріобрѣтателя вещи, какъ добро—такъ и не добросовѣстнаго.

Защита владѣнія въ эпоху ранняго средневѣковья на западѣ.

Эпоха ранняго средневѣковья вообще и въ частности условія и способы защиты владѣнія, тогда примѣнявшіеся, остаются для насъ крайне слабо извѣстными, за отсутствіемъ достаточнаго количества относящихся сюда дошедшихъ до нашего времени данныхъ. Поэтому и наше изслѣдованіе вопроса о защитѣ владѣнія въ это время будетъ неизбѣжно очень краткимъ, отрывистымъ и во всякомъ случаѣ не претендующимъ на цѣлостность и законченность. Задачей нашей будетъ здѣсь лишь по возможности указать на слѣды примѣненія въ законахъ и практикѣ ранняго средневѣковья правилъ римскаго права о защитѣ владѣнія, въ особенности же законовъ противъ privata violentia.

Эдиктъ Теодориха въ гл. X содержитъ законъ противъ privata violentia, предписывая здѣсь, чтобы въ случаяхъ спора о владѣніи стороны рѣшали послѣдній процессуальнымъ путемъ, не прибѣгая къ насиліямъ; виновный же въ violentia не только утрачивалъ владѣніе вещью, но еще платилъ двойную стоимость плодовъ съ послѣдней [1]). Если же въ насильственномъ захватѣ владѣнія вещью оказывалось виновнымъ такое лицо, которое не могло имѣть никакихъ основаній для владѣнія послѣдней (quae eidem minime debebatur), съ него въ пользу казны взыскивалось, кромѣ вещи и двойной стоимости плодовъ ея потерпѣвшему, еще стоимость захваченнаго имущества. Послѣднее являлось очевидной добавочной карой (пеней) съ насильника, умышленно желавшаго vi захватить вещи, ему не принадлежавшія. [2])

---

[1]) Правило L. 1. Cod. Theodos de fructibus, Юстиніаномъ позднѣе отмѣненное. См. его L. 2, Cod. de fructibus.

[2]) Edictum Theodorici regis изд. Walter Corpus jurs germanici antiqui 1824 г. т. I.

C. X.—„Qualemcunque cujuslibet rei possessorem convenèri judicaria auctoritate decernimus et expectari semper juste cognitionis eventus.

Изъ главы 75 эдикта Теодориха мы видимъ, что квалифицированное насилiе, противъ котораго по римскому праву давался interd. de vi armata, теперь карается согласно закону противъ privata violentia. Какъ мы читаемъ въ этой главѣ эдикта:

C. LXXV—«Qui etiam armatis hominibus ferro, fuste, lapide, de possessione quemquam, domo, villa expulerit, expugnaverit, obsederit, clauserit, aut si forte propter hanc rem quis homines suos praestiterit, locaverit, conduxerit, turbam, seditiones, incendium fecerit, ad violentiae poenam quae est superius adscripta, teneatur».

Еще болѣе интересныя указанiя касательно рецепцiи римскихъ правилъ о защитѣ противъ vis встрѣчаемъ мы въ слѣдующей 76-й главѣ эдикта Теодориха. Здѣсь говорится уже исключительно объ интердиктѣ de vi non armata (или quottidiana), причемъ имѣются указанiя на примѣненiе его intra annum и помѣщено выраженiе momenti jure т. е. говорится о «правѣ владѣнiя» Наконецъ здѣсь же оттѣняется значенiе exceptio vitii, свойственной такому интердикту.

Cap. LXXVI—«Ili res occupata per violentiam intra annum momenti jure salva proprietatis caussa reddetur: qui eandem rem quam alterius praesumptione perdidit, nec violenter, nec abscondite, nec precario possidet». Словомъ, здѣсь мы снова встрѣчаемся съ правовѣрнымъ ученiемъ касательно int de vi, какъ оно было изложено въ Sententiae Павла и Гаевыхъ Институцiяхъ.

Quod si quis qualemcunque possessorem possessione dejecerit, amissionem, pro tanta praesumptione, vel bonae litis incurrat; reformata scilicet possessione quam occupaverit, fructus quoque duples pro tanta temeritate persolvat. Quod si illam possessionem occupaverit, quae eidem minime debebatur, hanc poenam habeat, ut et rem cum fructibus in eo statu domino reddat invasam et aestimationem rei pervasae subire cogatur, fisci juribus profuturam. Cujus decreti justi ac legitimi omnes per provincias judices, et urbe venerabili constitutos, vel eorum officia, jubemus esse custodes: ita ut si aliquid extiterit, quo se putent exigendae mulctae superius comprehensae pares esse non posse, relationem ad scrinia nostra transmittant, ut a nobis, si ratio poposcerit, districtius vindicetur".

Брунсъ (Das Recht des Besitzes S. 99) отмѣчаетъ, что законъ Валентиніана былъ реципированъ въ эдиктѣ Теодорира, гдѣ онъ трактуется съ особымъ вниманіемъ и называется «decretum justum atque legitimum». Вмѣстѣ съ тѣмъ Брунсъ добавляетъ, что не смотря на такое особенное вниманіе къ этому закону, было довольно необдуманно повторять въ с. 75 постановленіе стараго римскаго права, что изгнанный можетъ только тогда искаться, если онъ владѣлъ sine vitio отъ противника. Нѣсколько ниже Брунсъ дѣлаетъ такое же замѣчаніе касательно Бревіара Вестготовъ а равно по адресу автора Brachylogus.

Относительно вмѣненія Брунсомъ въ вину компиляторомъ эдикта и позднѣйшимъ юристамъ того обстоятельства, что они повторили означенное правило древняго римскаго права, слѣдуетъ замѣтить, что они при этомъ реципировали правило, тогда еще не отмѣненное ни закономъ, ни судебной практикой. Юстиніановъ Кодексъ, въ которомъ установлено было соотвѣтствующее измѣненіе, изданъ былъ значительно позднѣе эдикта Теодориха. Конечно, Брунсъ того мнѣнія, что всѣ измѣненія въ интердиктной защитѣ, получившія законодательную санкцію въ Corpus juris, были de facto разработаны на практикѣ за время ранѣе юстиніановой кодификаціи. Но противъ принятія его гипотезы вообще, слѣдуетъ указать на то, что всѣ юридическія книги запада не отклонялись въ ученіи своемъ объ int. de vi отъ правилъ ad hoc Павла и Гая. Это же во всякомъ случаѣ доказываетъ, что преобразованіе интердикта de vi въ его новый (Юстиніанова права) видъ произошло въ восточной, а не западной половинѣ Имперіи.

Тотъ фактъ, что на западѣ книги права (сборники права) продолжали принимать exceptio vitii при int. unde vi, не смотря на знакомство съ законами противъ privata violentia, служитъ прежде всего въ пользу того, чтобы указать, что исключеніе этой exceptio изъ Юстиніанова законодательства возникло не вслѣдствіе закона Валентиніана, но создано было восточными юристами, чтобы устранить такимъ путемъ затрудненія и дисгармоніи, появившіяся въ защитѣ владѣнія послѣ опубликованія этого закона, т. е. послѣ слитія

интердиктовъ de vi и de vi armata въ одинъ общій искъ, въ которомъ exceptio vitii не имѣла уже мѣста. Другими словами, и это измѣненіе было дѣломъ восточно римскаго права и практики.

Такимъ образомъ на западѣ Римской имперіи въ правѣ разсматриваемаго времени продолжалъ примѣняться int. de vi non armata. Интердиктъ de vi armata, напротивъ, уже не появляется болѣе, какъ интердиктъ въ собственномъ смыслѣ слова, быть можетъ потому, что о vis armata говорятъ только по отношеніи къ leges iuliae. Это даетъ основаніе думать, что въ сборникахъ права, гдѣ это не высказано прямо, какъ въ эдиктѣ (Теодориха), его уже разсматривали въ качествѣ суррогата закона противъ privata violentia. А можетъ быть о немъ не упоминается потому, что практика его забыла, зная другіе способы борьбы противъ vis.

Какъ указываетъ Кассіодоръ (Cassiodori. Var. IX, 18) преемникъ Теодориха Аталарихъ обратилъ особенное вниманіе и возстановилъ на практикѣ примѣненіе совершенно неосновательно забытаго (pessime neglecta) закона Валентиніана противъ тѣхъ, «qui praedia urbana vel rustica, despecto juris ordine, per se suosque praesumpserint expulso possessore violenter intrare» Сюда была еще добавлена изъ L 1 Cod. Theodos. de fructibus обязанность для насильника выдать потерпѣвшему двойную стоимость плодовъ спорной вещи.

Эта особенная забота двухъ Остготскихъ царей о введеніи въ практику судовъ указанныхъ правилъ противъ насильниковъ съ достаточной очевидностью показываетъ, какъ хорошо отвѣчала такая мѣра потребности создать скорыя и рѣшительныя средства защиты противъ проявленій насилій и самоуправства, средства, въ которыхъ особенно чувствовалась потребность въ тѣ смутныя времена великихъ соціальныхъ переворотовъ, когда возрождалось взамѣнъ правового порядка римлянъ варварское кулачное право, какъ способъ самозащиты частными лицами ихъ интересовъ [1]).

---

[1]) Ср. Nani Gli Statuti di Pietro II Conte di Savoia въ Memorie delle Accademie delle Scienze di Torino Serie II Tom. 32 p. 30.

Что касается lex romana Visigothorum (Breviarium Alariciani), то здѣсь еще болѣе обширнымъ является заимствованіе правилъ римскаго права о защитѣ владѣнія. Въ этомъ отношеніи имѣются здѣсь цѣликомъ реципированные изъ Codex Theodosianus титулы Unde vi и ad legem Iuliam de vi, а равно изъ Pauli Sententiae титулъ de interdictis (послѣдній съ опущеніемъ правилъ объ интердиктной защитѣ сервитутовъ). Изъ этихъ мѣстъ разсматриваемаго сборника права для насъ здѣсь особый интересъ имѣетъ lib. VIII, tit. 1 § 2 Brev. Alaric—Si possessor per violentiam expellatur,—по смыслу котораго насильникъ утрачиваетъ отнятое имъ имущество въ пользу противника, хотя бы права послѣдняго на спорный объектъ и были хуже; мало того если насильникомъ оказывалось лицо, не имѣющее никакихъ правъ на владѣніе отнятымъ имъ имуществомъ, оно обязывалось не только выдать потерпѣвшему отнятое у него имущество, но еще уплатить ему же tantum, quantum invasit. [1])

Это же правило о возвращеніи отнятого потерпѣвшему in duplum спеціально развито ibid. въ § 5. [2])

---

[1]) Lib. VIII, tit. I § 2—«Si possessor per violentiam expellatur»—
—„Quicunque violenter expulerit possidentem, priusquam pro ipso iudicis sententia procedat, si caussam meliorem habuerit, ipsam caussam de qua agitur perdat, Ille vero qui violentiam pertulit, universa in statu quo fuerant recipiat quae possedit, et securus teneat. Si vero illud invasit, quod per iudicium obtinere non potuit, et caussam amittat, et aliud tantum, quantum invasit, reddat expulso".

[2]) Ibid § V.—„Ut nulla res ab alio possessa absque iudicio usurpatur".
—„Nullus comes, vicarius, villicus, praepositus, auctor aut procurator, seu quilibet ingenuus, atque etiam libertus, aut servus, rem quae ab alio possidetur, post nomen regiae potestatis, vel dominorum suorum, ausi usurpare praesumat ante judicium. Quod si non expectata discussione id quod ab alio possidetur, aut jure alterius esse dignoscitur, iuvaserit, omne quod abstulit et praesumptuosus invasit, tam in mancipiis, quam in ceteris rebus in duplum ei restituat, de cujus jure visus est abstulisse, ac singulorum annorum fruges, quas inde fideliter collegisse juraverit, petitori compellatur exsolvere".

Слѣдуетъ признать ошибочнымъ заявленіе Савиньи въ его Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter II, 74, пр. 6—и Дана (F. Dahn—Westgothische Studien S. 297) о томъ, что Вестготамъ было извѣстно Юстиніаново право. Можно допускать проникновеніе Юстиніанова права лишь въ Южныя части Испаніи, которыя долгое время безъ перерыва были подчинены византійскому государству. Далѣе же на сѣверъ, внутрь страны, римское право проникло лишь, поскольку оно вошло въ Breviarium Alariciani. См. Halban—Das römische Recht in den Germanischen Volksstaaten I 1891 S 190.

Очень своеобразно поставлено дѣло защиты владѣнія противъ насилій и самоуправства въ lex Romana Burgundiorum. Здѣсь видимъ мы у редакторовъ этого кодекса стремленіе реципировать болѣе совершенныя и развитыя нормы римскаго права ихъ времени, но именно тѣ изъ нихъ и въ такой переработкѣ, какая отвѣчала бы лучше всего запросомъ и условіямъ жизни народовъ, для удовлетворенія бытовыхъ условій которыхъ именно и былъ предназначенъ liber Papianus. Потому то, по всей вѣроятности, мы и находимъ здѣсь въ tit. VIII—de violentiis—помѣщенными, въ переработанномъ видѣ, правила, заимствованныя изъ LL 2 и 3 Cod. Theodos. ad legem Iuliam. lib 9. tit. 10; L 1 Cod. Theodos. de fructibus 4,18 и быть можетъ (ср. Bruns cit S. 100) изъ int. unde vi; хотя, должно признаться, послѣднее заимствованіе довольно спорно.

Согласно смыслу означеннаго титула 8-го изъ lex romana Burgundiorum, здѣсь различаются случаи насильственнаго захвата имущества «collectis turbis» и «sine tumultu». Въ первомъ случаѣ, если окажется, что насильникъ не имѣлъ права на обладаніе захваченнымъ имъ имуществомъ, онъ подвергался смертной казни. Если же имъ будетъ доказано, что захваченное «collectis turbis» имущество принадлежитъ ему въ собственность, тогда съ насильника просто лишь взыскивалась въ казну propter admissam violentiam половина стоимости захваченнаго имущества. [1])

---

[1]) Lex romana Burgundiorum (liber Papianus ed. A. Barkow. 1826 r.).

Tit. VIII—De violentiis:—

Si quis violentiam ita convincitur admisisse, ut collectis turbis per vim inruens dejiciat possidentem, nec enim civili ut legum est, actione pulsaverit, capitali sententia feriatur. Si tamen rem, de qua possidentem depulit, sui juris debere esse non convicerit, tum demum est, ut poena supra scripta damnetur. Quod si suam quidem proprietatem esse convicerit, medietas ejus rei in ejus proprietate permaneat, alia medietas propter admissam violentiam fisci viribus societur secundum legem theodosiani lib. IX sub titulo de vi publica et privata ad Bassum praefectum urbi datam. (ср. L 2 и 3 Theod. Cod. ad leg. Iuliam de vi publ, et priv. lib. 9 tit. 10; именно здѣсь L 2— „Si quis per violentiam alienum fundum invaserit, capite puniatur“, L 3—:

Если въ случаѣ захвата чужого имущества «sine tumultu» виновный въ этомъ не имѣлъ права на захваченное (rem indebite tenuisse), онъ обязанъ былъ выдать обратно это имущество и уплатить двойную стоимость доходовъ съ послѣдняго.

Наконецъ, виновный въ насильственномъ отнятіи (per vim rapuerit) у другого *движимаго* имущества, отвѣчалъ передъ потерпѣвшемъ въ теченіе перваго года in quadruplum, а послѣ года in simplum [1]).

Мы видѣли такимъ образомъ, что въ приведенныхъ выше законодательныхъ сборникахъ значеніе и вліяніе римскаго права въ разсмотрѣнной нами области отношеній еще на столько велико, что оттѣсняетъ примѣненіе нормъ германскаго обычнаго права и рѣзко проводитъ защиту владѣнія какъ такового, независимо и обособленно отъ защиты *права. Позднѣе* однако все болѣе наблюдается уже обратная картина; германская Gewere захватываетъ собою все. По крайней мѣрѣ до насъ дошли лишь настолько слабые черты и слѣды римской поссессорной защиты, что можно даже и вообще сомнѣваться въ примѣненіи ея въ практикѣ того времени, Такое господство идей германскаго обычнаго права видимъ мы для Италіи уже въ Лонгобардскомъ законодательствѣ, въ которомъ положительнымъ и опредѣленнымъ образомъ проводится основное правило, что насильникъ является обязаннымъ въ томъ лишь случаѣ выдать захваченное имъ violenter имущество, когда не докажетъ своего права собствен-

---

cit:—si quis ad se fundum... adserit pertinere... civiliter... agat, aut... crimen violentiae obponat... Quodsi... vim possidenti intulerit, ante omnia amissae possessionis jura reparentur... violentus, agitato negotio principali, si contra eum fuerit judicatum, in insulam deportetur... Quodsi pro eo sententia proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur»).

[1]) Lex romana Burgundiorum ed Barkow tit. VIII. De his vero, quibus *sine tumultu solum* occupatae aut pervasae rei actio intenditur, si quis convictus fuerit rem indebite tenuise, post conventionem duplos fructus cum rei ipsius restutione dissolvat. (Ср. L. I. Cod. Theod. de fuctibus et lit. expens. 4.18, откуда это заимствовано).

ности на послѣднее [1]). Тѣ же германскія идеи касательно защиты владѣнія господствуютъ во всѣхъ сборникахъ правъ, изданныхъ внѣ Италіи за тотъ же періодъ времени (VII—IX вѣка), какъ, напр., въ lex Ribuaria, или въ lex Bajuvariorum [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ мы не можемъ признать вѣрнымъ утвержденіе Цöпфля, [3]) который, ссылаясь на текстъ leg. Bajuvarior. (tit. XVII, c. 1, 2), утверждаетъ, что въ германскомъ обычномъ правѣ допускался искъ противъ spolium'a, какъ таковый, подобный a spolii средневѣковаго права, п. ч. имѣется существенное различіе между обоими исками Lex Baiuvariorum, и всѣ законы того же рода предписываютъ насильнику, или споліатору, возвратить отнятое имъ имущество и вмѣстѣ съ тѣмъ уплатить извѣстную пеню. Однако въ то же самое время они признаютъ за насильникомъ возможность избавиться отъ такой обязанности путемъ ссылки на свое право собственности на эту вещь. Такимъ образомъ здѣсь дѣло идетъ не о настоящемъ поссессорномъ искѣ, какъ у канонистовъ, но о пенальномъ средствѣ защиты, болѣе или менѣе суроваго характера, противъ того, кто совершилъ насиліе и не могъ при этомъ доказать своего права собственности на отнятую имъ вещь. Такимъ образомъ здѣсь въ lex Bajuvar. совершенно смѣшиваются петиторный и поссессорный иски [4]); при томъ въ нихъ говориться о защитѣ не противъ всякаго spolium'a, а лишь о такомъ, который совершенъ malo ordine, т. е. не собственникомъ вещи [5]).

Аналогичныя правила защиты противъ violentia имѣются и въ лонгобардскомъ правѣ, по которому равнымъ образомъ давалась защита лишь противъ такого насильника, qui suum probare non potuerit [6]).

---

[1]) См. Bruns—cit S. 101.

[2]) См. Lex Ribuaria LIX, 8 edit. Sohm 1883 p. 83; Lex Bajuvar. tit. XVII, Cap. 1, 2, edit. Gengler p. 374.

[3]) Zöpfl—Deutsche Rechtsgeschichte I § 102 S. 155.

[4]) См. Heusler—Die Gewere S 103; Bruns—Das Recht des Besitzes S. 285 fg.

[5]) Bethmann-Hollweg—Civilprocess I. § 24 S. 54.

[6]) См. Bruns—cit S. 101; Del Guidice—Le traccie del diritto romano nell editto longobardico—въ Rendiconti del Istit. Lombardo Serie II, vol. XIX, 1886 p. 569.

Въ качествѣ наиболѣе характернаго изъ многихъ правилъ такого рода приведемъ здѣсь cap. 148 Луитпранда [1])

«Si quis ex sua auctoritate terra aliena sini puplico wifavirit (захватилъ), dicendo quod sua debeat esse, et postea non potuerit provare quod sua sit, componat solidos sex, quomodo qui palo in terra aliena figit».

Лонгобардское право въ этомъ отношеніи никогда не отступало отъ чисто германской точки зрѣнія. Иное видимъ мы въ положеніяхъ капитулярій. Такъ уже въ капитуляріи Пипина 787 года, мы находимъ случай настоящей защиты владѣнія въ порядкѣ уголовномъ, а именно: [2]).

Capit. Pippini, cap. 23 (24) p. 373:

«Ut nullus alteri praesumat res suas aut alia causa sine judicium tollere aut invadere; et qui hoc facere presumpserit, ad partem nostram bannum nostrum conponat».

Царь Гвидонъ подтвердилъ и укрѣпилъ принципъ, санкціонированный Пипиномъ, въ одномъ спеціальномъ случаѣ, гдѣ указалъ, что лицо, пріобрѣвшее вещь, зная, что продавецъ ея отнялъ послѣднюю незаконно у ея хозяина не можетъ пріобрѣсть или удержать за собою владѣніе этимъ имуществомъ, подъ угрозой утраты всѣхъ своихъ правъ на послѣднее и уплаты еще bannum regis: „si quis ipsas (res) sine lege invaserit, non solum ipsas res amittat, sed insuper bannum nostrum componat". [3])

Въ этомъ же постановленіи, наряду съ ясно выраженными чертами виндикаціоннаго германскаго процесса, видимъ мы точныя указанія и на поссессорную защиту.

Вмѣстѣ съ тѣмъ признано было, что не только самъ споліаторъ, но равнымъ образомъ и третій пріобрѣтатель отъ него mala fide—spolii conscius, обязанъ былъ выдавать споліату имущество, теряя вмѣстѣ съ тѣмъ свои права на по-

---

[1]) Luitprandi—c. 148 (VI) см. у Padeletti—Fontes juris Italici, p. 278; ср. еще ibid p. 156, 169, 210, 239, 279. Rothari c. 354—357; Luitprandi c. 46 (XVII); c. 47 (XVIII); c. 90 (VII), c. 150 (VIII).

[2]) См. Capitularia Regum Francorum ed. Boretius (Mon. German. histor. Leg. tom I): Pippini Capit. Papiense cap. 14, pag. 200;

[3]) Padeletti—Fontes p. 429—Capitul. Widonis cap. 5.

слѣднее и уплачивая bannum regis. [1]) Такимъ образомъ приведенный нами выше капитулярій Гвидона можно считать первымъ случаемъ признанія правила о допустимости поссессорныхъ исковъ не только противъ виновныхъ въ споліумѣ лицъ, но и третьихъ пріобрѣтателей отнятого vi имущества—правила, позднѣе ставшаго господствующимъ въ средневѣковой юриспруденціи.

Выводомъ изъ сказаннаго можно установить то положеніе, что охрана владѣнія за разсмотрѣнный періодъ времени основывалось на западѣ бывшей Римской имперіи единственно на средствахъ пенальнаго характера, схожихъ, если не тождественныхъ, съ примѣнявшимися противъ privata violentia.

Подтвержденіе этому мы находимъ равнымъ образомъ въ дошедшихъ до насъ случаяхъ изъ судебной практики и небольшого числа научныхъ сочиненій ранняго средневѣковья.

Такъ въ одной тяжбѣ 721 г. между епископами Ареццо и Сіены, первый ссылается на законъ Валентиніана. [2])

Тотъ же lex Valentinianea помѣщенъ въ капитуляріяхъ Бенедикта Левиты (lib. II libellus V C. 161, 353). Въ обѣихъ главахъ послѣ правила, что spoliator—„si causam meliorem habuerit, ipsam causam, de qua agitur perdat“, добавлено—„si vero illud invadit, quod per judicium obtinere potuit (potuerit—въ с. 353), et causam amittat et alium tantum quantum invasit, reddat expulso“.

Въ lex Romana canonice compta, какъ указалъ Маасенъ [3]) цѣликомъ заимствованъ изъ Юстиніанова кодекса титулъ unde vi.

Decretum Ivonis почти буквально заимствуетъ содержаніе двухъ капитулярій Бенедикта Левиты съ правилами касательно privata violentia [4]) Здѣсь же въ cap. 324 имѣется

---

[1]) Summa legis Longobardorum lib. I, cap. XX, de invasionibus edit. Anschütz S. 37.

[2]) Savigny—Geschiche des rom. Rechts im Mittelalter II, S. 226; Bruns cit S. 101.

[3]) Maassen Geschichte der Quellen und der Litteratur des canonischen Rechts Gratz. 1871 I, S. 888.

[4]) Decretum Ivonis XVI pars, cap. 310.

указаніе на законъ Константина касательно захватчиковъ сосѣдскихъ участковъ, основанный на томъ же принципѣ.

Въ дѣлѣ Инкмара Реймскаго противъ его племянника, въ 872 г., на concilium Daziacense сдѣлана ссылка на тотъ же законъ Валентиніана, при чемъ цитуется даже относящееся сюда мѣсто изъ Ѳеодосіева кодекса.[1])

Въ Petri Exceptiones cap. 2, lib. III de rapina mobilis rei, гдѣ говорится объ actio vi bonorum raptorum, установлено, что тотъ, кто *ne dolo malo* отнялъ насильно вещь, „si sua est, amittat eam, si aliena, eam et aliam similem reddat".

Въ cap. XI той же книги, озаглавленномъ de invasione immobilium rerum,—говорится:

„Si quis domum vel aliquam rem immobilem violenter invaserit, si sua est, amitat eam; si sua non est, *in duplum restituet* idest eam et eam similem sub aestimatione pretii". [2])

Здѣсь мы ясно видимъ переходъ отъ уплаты вещи и пени къ обязанности выдать совмѣстно съ спорнымъ объектомъ, еще другой, ему подобный, и наконецъ, двойную стоимости объекта спора.

Expositio ad Capitular. Widonis [3]) противополагаетъ правиламъ указаннаго выше закона царя Гвидона положенія римскаго права, изъ которыхъ собственно ссылка сдѣлана исключительно на одинъ лишь законъ Валентиніана, при чемъ говорится о послѣднемъ въ такихъ выраженіяхъ, что становится вполнѣ очевиднымъ признаніе этого закона основнымъ, даже единственнымъ средствомъ поссессорной защиты, дошедшимъ сюда изъ римскаго права.

Brachylogus содержитъ въ титулѣ De Rapina (lib. III, tit. XXI, § 2) законъ Валентиніана, и въ титулѣ de interdictis (lib. IV, tit. XXVIII, § 2, 3) указаніе на interd. Unde vi; причемъ здѣсь еще добавлено: „in hoc interdicto nihil aliud quaeritur, nisi si possessor, qui vi expulsus est ab eo qui expulit, neque vi neque clam neque precario possidebat".

---

[1]) Mansi—Conciliorum collectio XV, col. 447 (Responsa Episcoporum).

[2]) Petri Exceptiones. Savigny Geschichte des römischen Rechts B. II.

[3]) Padeletti—Fontes cit. p. 429.

Unde vi и законъ Валентиніана объединяются во многихъ документахъ въ теченіи всего періода, предшествовавшаго расцвѣту теоретической разработки вопроса о владѣніи въ трудахъ юристовъ Болонской школы. Такъ, напримѣръ, въ *libellus querulus*, посланномъ въ 1140 году монахами Гроттаферрата къ Инокентію II по поводу дѣла съ нѣкимъ Tolomeo, говорится между прочимъ. [1])

— „Omnia ista violenter ingessus, violente possessionis invasor ut predo tenetur, de quibus ad instar interdicto Unde vi vel condictione ex lege (si quis in tantam furoris pervenerit) audaciam et cetera, per quam non solum restituitur ipsa possesio, sed etiam possessionis estimatio“... „conquerimus de terra... quam nobis abstulit ut restituere faciatis per actiones quibus violenta possessio repetitur“.

Алибранди (l. c.), думается намъ, черезъ чуръ уже оттѣняетъ значеніе этого документа, какъ свидѣтельства въ пользу освѣдомленности судей и юристовъ того времени въ римскомъ правѣ: смѣшеніе во едино Unde vi и закона Валентиніана, какъ это дѣлаютъ здѣсь монахи въ приведенномъ отрывкѣ изъ libellus querulus, скорѣе всего именно указываетъ, что они имѣли смутное представленіе объ unde vi. Unde vi, на сколько можно судить изъ дошедшихъ до насъ памятниковъ разсматриваемаго періода, тогда на практикѣ почти-что совсѣмъ не примѣнялся, а если гдѣ о немъ и говорится, то въ соединеніи его съ закономъ Валентиніана. Этому послѣднему, наоборотъ, посчастливило. Можно сказать, что до появленія remed. spolii онъ былъ единственнымъ средствомъ, примѣнявшимся на практикѣ, для возстановленія утраченнаго владѣнія, причемъ его признавали и духовныя и свѣтскія власти въ своихъ судахъ одинаково.

---

[1]) См. Studie documenti de Storia e Diritto anno VII (1886) p. 112; ср. Alibrandi Osservazioni giuridiche sopra un ricorso dei monaci di Grottaferrata al pontef. Innocent. II—въ Studie e documenti di Storia... anno VIII (1887) f. 3.

Борьба противъ vis въ средніе вѣка.

Съ усиленіемъ королевской власти при Карлѣ Великомъ и съ установленіемъ государственной системы на феодальныхъ началахъ постепенно все болѣе вытѣняется идея необходимости защиты земскаго мира.

Нарушеніе общественной безопасности путемъ совершенія насильственныхъ дѣйствій надъ личностью или имуществомъ, вообще нарушеніе pax publica или королевскаго мира, по выраженію того времени [1]), преслѣдовалось королемъ какъ личная ему обида; причемъ виновный въ такихъ дѣйствіяхъ подвергался штрафу за нарушеніе bannum regis, обыкновенно въ размѣрѣ 60 солидовъ.

Необходимо замѣтить однако, что запрещеніе насильственныхъ дѣйствій королемъ, подъ угрозой пени должно быть во всякомъ случаѣ понимаемо сообразно съ условіями жизни того времени, когда допускалось и процвѣтало законное, такъ сказать, насиліе, когда потерпѣвшіе сами должны были помогать себѣ въ охраненіи своихъ правъ. Такая vis iusta признавалась тогда почти добродѣтелью, и въ источникахъ мы имѣемъ ясныя указанія на запрещеніе лишь насилія, проявлявшагося въ отношеніи къ чужому имуществу—vis iniusta; свое же, захваченное vi другимъ лицомъ, дозволялось хозяину насильственнымъ образомъ вернуть себѣ обратно. Можно сказать, что vis въ теченіи всего времени до 13 вѣка являлась если не единственнымъ, то во всякомъ случаѣ наичаще примѣнявшимся способомъ охраны лицу спокойнаго пользованія его имуществомъ.

Со времени слабыхъ преемниковъ Карла Великаго, давшаго мимолетный покой и порядокъ, Западная Европа въ теченіи длиннаго ряда лѣтъ переживала постоянныя невзгоды и бѣдствія, поражавшія всѣ слои населенія.

---

[1]) См. С. Никоновъ—Развитіе защиты владѣнія въ средневѣковой Европѣ 1905 г. стр. 4 слѣд.

Нападеніе внѣшнихъ враговъ шли рука объ руку съ внутреннимъ распадомъ прежнихъ устоевъ; хищныя орды сарацинъ и венгровъ, алчныя толпы норманнскихъ пиратовъ вносили ужасъ и разграбленіе во всѣ концы западно европейскаго міра. Частныя войны и произволъ стали царить повсюду; цѣлыя области были опустошены и обезлюдѣли; во многихъ мѣстахъ поля оставались невоздѣланными, торговыя сношенія почти совершенно прекратились; общенія между областями, простое путешествіе, сдѣлались въ высшей степени затруднительными, такъ какъ и безъ того плохіе и неудобные пути были перехвачены разбойниками и грабителями. У рѣчныхъ переправъ и горныхъ переваловъ высились крѣпкіе замки, владѣльцы которыхъ подстерегали путниковъ, грабили ихъ и убивали. Всѣ отношенія въ обществѣ основываются теперь на правѣ сильнаго; сила становится правомъ.

При такихъ условіяхъ негдѣ было искать защиты отъ насильниковъ; самоуправство вытѣснило законъ и люди сильные грубо и властно попирали справѣдливость; слабые изнывали подъ тяготѣвшимъ надъ ними гнетомъ; каждый думалъ только о себѣ, о личномъ благостояніи и его защитѣ, хотя бы путемъ поддержки насилій надъ другими. Въ то же время никто не могъ себя чувствовать увѣреннымъ въ завтрашнемъ днѣ, никто не могъ считать обезпеченнымъ обладаніе своимъ имуществомъ. Частная война, этотъ дикій способъ самозащиты, предшествовавшій всякой судебной процедурѣ, стала теперь почти постояннымъ учрежденіемъ. Каждый, кто могъ, мстилъ за свои «обиды» насильнику самъ, съ оружіемъ въ рукахъ, или при помощи своего патрона-покровителя, съ которымъ связывалъ себя ленными или чиншевыми отношеніями. Кто былъ внѣ такихъ союзовъ феодальной защиты совассаловъ и ихъ вилановъ[1]), тотъ являлся фактически friedlos, лицомъ, лишеннымъ мира, за невозможностью найти охрану себѣ и своему имуществу отъ насильниковъ.

Государство было безсильно помѣшать проявленіямъ самоуправства, которое даже трудно назвать частной защи-

[1]) О нихъ см. *С. Никоновъ*—cit. стр. 10 слѣд.

той правъ, въ виду того, что сторонами нерѣдко бывали мелкіе суверены, а верховная власть по слабости силъ своихъ и не могла помочь такому положенію дѣлъ, когда вся власть короля фактически ограничивалась предѣлами его сеньоральной территоріи [1]).

Возникшее у феодаловъ обыкновеніе селиться въ укрѣпленныхъ замкахъ давало имъ достаточную фактическую защиту отъ насилій со стороны другихъ и укореняло въ нихъ убѣжденіе въ своей полной независимости отъ кого бы то ни было, кромѣ Бога, и о правѣ никому не повиноваться и не признавать никакихъ законовъ, кромѣ личной выгоды и личнаго произвола [2]).

Привлечь же такихъ насильниковъ и нарушителей общественнаго мира къ отвѣту передъ судомъ являлось невозможнымъ: сидя за крѣпкими стѣнами своихъ замковъ, они оставляли безъ вниманія вызовы ихъ на королевскій судъ, не только не желая подчиняться послѣднему, но прямо насмѣхаясь надъ такими безплодными стараніями.

Только разрушеніе рыцарскихъ разбойничьихъ гнѣздъ и даже захватъ въ плѣнъ виновныхъ и присужденіе ихъ къ строгимъ наказаніямъ, до смертной казни включительно, могли ослабить ихъ самоуправство.

---

[1]) Ср. Viollet Hist. des instit. polit. et adm. de la France 1890—98 II p. 463.

[2]) Мы имѣемъ интересное описаніе этого положенія вещей у Флодоарда Реймскаго, отъ 948 г. (См. Monumenta Germaniae historica scriptor. III, стр. 472—Flodoardi historiarum eccelesiae Remensis libri quattuor).

„Plures quoque colonarum praedones ipsius interemerunt, violentes ecclesias et tantum debacchantes, ut in Culmisciaco vico tam intra quam circa ecclesiam fere quadraginta homines interfecerunt ipsumque templum omnibus paene rebus exspoliaverunt»; или Ordericus Vitalis у Буке (см. Bouquet—Recueil des historiens de France t. X p. 256 Note d. ср. равно p.p. 195, 253):

„Provincia tota erat dissoluta et praedones catervatim discurrebant per vicas et per rura debacchabatur latrociniorum caterva». Ср. Pflister Etudes sur la régne de Robert le Pieux (906—1031) 1885 p. 161—«Les châteux-forts étaient dévenus de véritables repaires d'où s'élançaient les chevaliers, pour piller les terres d'eglise, detrousser les paysans et les voyageurs. On ne s'aventurait pas sur les grands chemins, sinon en armes prêt á repousser toute attaque".

Но такія рѣшительныя мѣры борьбы противъ насильниковъ могли имѣть мѣсто уже много позднѣе, когда усилилась центральная власть королей и императоровъ. Разсматриваемое же время представляло совершенно обратное явленіе. Мы видимъ, съ восшествія на престолъ Гуго Капета (987 г.), законченное раздѣленіе великой монархіи Карла, рядъ обособленныхъ, лишь слабо связанныхъ между собою феодальныхъ государствъ, когда, собственно говоря, каждый баронъ, каждый феодалъ являлся сувереномъ своего феода.

Между тѣмъ въ разбитомъ и растерзанномъ борьбой феодаловъ, вѣчными войнами и насиліями обществѣ все болѣе настоятельно начинаетъ проявляться сознаніе невозможности продолжать такое существованіе, чувствуется потребность въ «правовомъ преобразованіи самозащиты». Нужна была лишь иниціатива для такой борьбы за право, и таковую приняло на себя духовенство на соборахъ въ южной Франціи (въ Аквитаніи).

Должно замѣтить что Аквитанніа вообще была мѣстомъ, гдѣ въ средніе вѣка ранѣе всего наблюдались новыя явленія. Такъ здѣсь впервые развилась поэзія на мелодичномъ мѣстномъ языкѣ, при посредствѣ трубадуровъ; здѣсь же, рядомъ съ чувственной жизнью общества, возникла дисциплина и ученіе аббатства Клуни.

Аквитанніа X вѣка была наиболѣе цвѣтущей и культурной частью Франціи; ее менѣе всего коснулось нашествіе германцевъ, почему менѣе измѣнились и старыя отношенія въ странѣ. Романское населеніе осталось здѣсь въ преобладающемъ количествѣ, продолжая попутно развивать свой языкъ, нравы и права [1]). Торговыя сношенія процвѣтали по большимъ дорогамъ, которыя, идя по этой мѣстности, соединяли испанскихъ арабовъ съ христіанскимъ міромъ. Скоро здѣсь, рядомъ съ развивавшейся феодальной іерархіей, появляется и все болѣе и болѣе получаетъ значеніе городское сословіе [2]), а вмѣстѣ съ нимъ среди населенія этой мѣстности

---

[1]) Ср. Mommsen—Römische Geschichte B. V. 77.

[2]) Giesbrecht—Geschichte der deutschen Kaiserzeit B. II; см. Huberti—Gottesfrieden und Landfrieden 1892 стр. 53 слѣд.

все болѣе усиливается развитіе торговли и промышленности, которыя безусловно нуждаются для своего процвѣтанія прежде всего въ общественномъ мирѣ и возможности каждому покойно пользоваться своимъ имуществомъ и извлекать изъ него себѣ возможную выгоду, не опасаясь насилій и грабежа.

Такимъ образомъ здѣсь было на лицо достаточно внѣшнихъ причинъ, требовавшихъ упорядоченія въ странѣ правового состоянія, и прежде всего ограниченія самоуправства. Развившіяся отношенія нуждались въ болѣе совершенномъ правѣ, которое освободилось бы отъ остатковъ прежнихъ грубыхъ временъ и отношеній.

Духовенство, наиболѣе образованный слой тогдашняго средневѣковаго общества, естественно должно было представляться главнымъ проводникомъ культуры въ государствѣ и великимъ политическимъ дѣятелемъ. Оно обладало образованіемъ, дисциплиной, широко раскинутыми связями, политическими традиціями, культурными идеалами [1]).

Увлеченное въ значительной степени и въ Аквитаніи феодальнымъ духомъ эпохи, отразившимся на его внутреннихъ іерархическихъ отношеніяхъ, духовенство однако первое сознало невозможность культурнаго развитія общества при господствѣ кулачнаго права, и первое выступило съ пропагандой борьбы противъ насилій и самоуправства въ обществѣ, не только въ личныхъ цѣляхъ охраненія себя и своего имущества, но равнымъ образомъ заботясь объ охранѣ всѣхъ слабыхъ и беззащитныхъ, угрожая насильникамъ отлученіемъ отъ церкви.

Согласно изысканіямъ Боше и Ниссля [2]) начало подсудности духовенству pro foro externo наблюдается уже во времена первыхъ Меровинговъ; причемъ такое право духо-

---

[1]) Ср. Beauchet—Origines de la jurisdiction ecclesiastique et son developpement en France—Nouvelle Revue historique 1883 стр. 467 слѣд..; Viollet—Histoire des instit. polit. et adm. de la France 1890—98 I стр. 384 слѣд.; Виноградовъ—Происхожденіе феодальныхъ отношеній въ Лонгобардской Италіи 1880 г. стр. 104 слѣд.; Вязигинъ—Очерки изъ исторіи панства. 1898 г. стр. 171 слѣд. и др.

[2]) См. Beauchet—Origines de la jurisdiction etc.; Nissl—Der Gerichtsstand der Clerus im fränkischen Reich 1886.

венства получаетъ постепенно все болѣе частое примѣненіе въ отдѣльныхъ случаяхъ. Мы особенно часто видимъ въ источникахъ указанія на подобную компетенцію духовенства въ дѣлахъ противъ depraedatores ecclesiasticorum bonorum и противъ invasores pauperum [1]).

Но при этомъ первоначально отлученія отъ церкви, въ качествѣ наказанія лицамъ за такіе ихъ проступки, назначались епископами за каждый конкретный случай особо и санкціонировались святостью религіи и властью церкви. Въ разсматриваемый нами періодъ эта задача охраны мира становится духовенствомъ на новыя основанія. Именно, постановленіемъ собора епископовъ герцогства Аквитанніи, состоявшимся въ 989 году въ Charroux (Concilium Carrofense) были установлены наказанія не на каждый конкретный случай особо; напротивъ, собравшіеся епископы, въ силу своего авторитета, запрещаютъ, въ видѣ *общаго* правила, подъ угрозой отлученія виновныхъ, нападенія на церкви и похищенія священныхъ предметовъ, а равно нападенія, захватъ въ плѣнъ и нанесеніе увѣчій беззащитнымъ клирикамъ, или ограбленіе крестьянъ и вообще бѣдныхъ (pauperi [2]).

---

[1]) Huberti—cit s. 44—46. Для примѣра можно указать Monum. German. Script II Flodoardi canonici Remensis annales seu chronicon (919—966 г.г.)—подъ 932 годомъ:—„Milo, qui Catalaunense depraedabatur episcopium, excommunicatur ab Artoldo archiepiscopo“; подъ 939 годомъ—„Qui quoniam villas nuper Arnulfi comitis quasdam praediis incendiisque vastaverat, excommunicatur ab episcopis, qui erant cum rege, simul cum Heriberto, qui oppida quaedam villasque sancti Remigii pervasas pertinaciter detinebat“. Ср. ibid, подъ 947, 964, 965 годами, а равно Monum. German. histor. leg I. Capitularia edit. Pertz стр. 488, Edictum Pistense отъ 864 г. с. 13 „Et ut sacrilegus et pauperum spoliator publicae paenitentiae judicio episcopali subjiciatur“. Mansi—Conciliorum collectio I. XIX стр. 95, 96 слѣд. 990 г.), и др.

[2]) Правила эти таковы:

1) „Anathema infractoribus ecclesiarum: Si quis ecclesiam sanctam infregerit, aut aliquid exinde per viam abstraxerit, nisi ad satis confugerit factum, anathema sit.

2) Anathema res pauperum diripientibus: Si quis agricolarum ceterorumve pauperum praediaverit ovem, aut bovem, aut asinum, aut vaccam, aut capram, aut hircum, aut porcos, nisi per propriam culpam, si emendare per omnia neglexerit, anathema sit.

Въ борьбѣ противъ частныхъ войнъ духовенство однако не рѣшилось сразу запрещать самоуправство вообще, а стало примѣнять лишь частичныя ограниченія послѣдняго, защищая сперва церкви, позднѣе равнымъ образомъ кладбища, жилища, мельницы, земледѣльческія орудія на полѣ, также равно королевскія дороги, территорію деревни и города, затѣмъ опредѣленныя категоріи лицъ, именно—духовенство, женщинъ, купцовъ, крестьянъ, охотниковъ и рыбаковъ во время ихъ промысла, (см. Huberti—cit. § 3).

Мотивъ такой дѣятельности ясенъ: главной задачей установленія правилъ о мирѣ была борьба противъ стараго института кулачнаго права. Для этого былъ одинъ путь—прямо запретить послѣднюю. Однако такое радикальное средство въ самомъ началѣ борьбы оказалось бы безполезнымъ, такъ какъ институтъ этотъ слишкомъ вкоренился въ обычаяхъ и воззрѣніяхъ всего общества того времени, почему и рѣшительныя мѣры противъ него практически оказались бы неосуществимыми. Потому то духовенство и пошло къ намѣченной цѣли инымъ путемъ, именно стараясь недопускать примѣненія насилій къ возможно большему кругу лицъ и мѣстъ и постепенно все расширяя область этихъ ограниченій. Осуществленіе такой задачи удалось духовенству не безъ упорной борьбы. Лишь путемъ непрерывнаго повторенія такихъ постановленій о защитѣ слабыхъ отъ насилій противъ ихъ личности и имущества, съ усиленіемъ наказаній ослушникамъ, оказалось возможнымъ шагъ за шагомъ если не вполнѣ отмѣнить кулачное право, то во всякомъ случаѣ значительно ограничить область его примѣненія.

Указанный первый періодъ борьбы противъ частныхъ войнъ простирается во Франціи съ 989—1039 г., когда по-

---

... Anathema clericorum percussoribus: Si quis sacerdotem aut diaconem, vel ullum quemlibet ex clero, arma non ferentem, quod est scutum, gladium, loricam, galeam, sed simpliciter ambulantem, aut in domo manentem, invaserit, vel ceperit, vel percusserit, nisi post examinationem proprii episcopi sui, si in aliquo delicto lapsus fuerit, sacrilegus ille, si ad satisfactionem non venerit, a liminibus sanctae dei ecclesiae habeatur extraneus". (См. Huberti-cit стр. 34 слѣд.).

становленія такого рода появляются даже на сѣверѣ Франціи. Въ то же время, въ концѣ этого періода, на югѣ Франціи возникаетъ второе движеніе, достигшее около 1027 г. высшаго пункта своего развитія, въ такъ называемыхъ Treuga dei.

Этотъ дальнѣйшій шагъ въ дѣлѣ борьбы противъ самоуправства состоялъ въ томъ, что постановленія противъ нарушеній мира стали издаваться собраніями епископовъ совмѣстно съ князьями и знатными рыцарями юга Франціи, причемъ обязательность соблюденія ихъ вынуждалась не только угрозой отлученія ослушниковъ, но и разными уголовными карами [1]). Для насъ среди такихъ постановленій (въ общемъ между собою сходныхъ по содержанію) особенный интересъ представляетъ постановленіе синода въ Пуатье, 1000 года [2]).

Въ постановленіи этомъ рядомъ съ правилами, извѣстными уже изъ постановленія синода въ Шарру (989 г.), встрѣчаемъ мы интересную новость, именно правило, чтобы всѣ споры по поводу отнятія вещей, возникшіе въ теченіи послѣднихъ 5 лѣтъ до собора, и кои могутъ наступить въ будущемъ, обязательно разрѣшилась не «путемъ самозащиты», но «путемъ права», судомъ князя данной страны или судьей данной округи.

---

[1]) См. правило о мирѣ 990 г. постановленное на съѣздѣ знати свѣтской и духовной юга Франціи, въ Puy en Velai (опять Аквитанніи!); постановленіе синода въ Лиможѣ 947—948 и синода въ Пуатье 1000 г. (приведены Huberti—стр. 123 слѣд.).

[2]) Здѣсь мы читаемъ: „Constituerunt, ut a quinque annis praeteritis quaecumque res invasae fuerunt, et ab ipsi praesenti consilio id reliquum tempus, unde altercatio in ipsis pagis habetur, quorum ibi erant principis, si ex contendentibus de ipsis rebus unus alium interpellaverit, veniant ante principium ipsius regionis, vel ante aliquem ipsius pagi judicem, et stent in justitia pro ipsis rebus: et qui sub districtione justitiae stare noluerit, princeps vel judex, ipsius rei aut justitiam faciat, aut obsidem perdat; et si justitiam facere non potuerit, convocet principes et episcopos qui concilium instituerunt, et omnes unanimiter in destructionem et confusionem ipsius pergant; et tamdiu patiatur ipsam persecutionem et confusionen, quousque redeat ad justitiae rectitudinem Ergo dati sunt obsides, et excommunicatum est in concilio pro hujusmodi confirmatione, ut nullus ab ipso die in antea ecclesiam infringat, et cetera sicut in consilio Karrofense constitutum est“.

Согласно постановленіямъ Собора въ Пуатье 1000 года, насильственныя дѣйствія въ нарушеніи мира со стороны отдѣльныхъ лицъ должны быть разбираемы судомъ епископа или графа, на землѣ которыхъ они были совершены. Если эти судьи оказывались не въ силахъ привлечь обвиняемаго къ суду и расправѣ, они могли требовать себѣ помощи отъ всѣхъ тѣхъ, кои присутствовали на соборѣ и вошли въ соглашеніе о такой совмѣстной защитѣ мира. Такія соглашенія подтверждались присягой участниковъ. Лиги эти были установлены на соборахъ въ Verdun-sur-Saone, въ 1016 г., и въ 1038 г. на соборѣ въ Буржъ. На провинціальныхъ соборахъ, въ Нарбоннѣ 1054 г.; въ Эльнѣ 1065 г. (см. Huberti стр. 812 слѣд.) духовенство еще болѣе расширяетъ область ограниченій примѣненія самозащиты.[1]) Теперь земледѣліе, торговля и промыслы получаютъ возможность спокойно развиваться, благодаря охранѣ ихъ синодальными постановленіями. Крестьяне, ихъ скотъ и принадлежности полевого хозяйства, мелкіе промышленники и ихъ дома, купцы, путешествующіе со своими товарами, всѣ они состояли подъ охраной мира; всѣ они были защищаемы, при томъ постоянно, а не въ опредѣленные только дни, какъ это постановлялось въ отношеніи къ остальнымъ лицамъ, которые представлялись достаточно сильными и способными защитить сами себя. Постановленія этихъ соборовъ охраняются теперь отъ нарушеній уже не только добровольнымъ согласіемъ и клятвой участниковъ; духовенство чувствуетъ теперь себя

---

[1]) Параллельно дѣятельности южно-французскаго духовенства на защиту мира, къ этой дѣятельности примыкаютъ и французскіе короли. Такъ изъ источниковъ XI вѣка мы имѣемъ указанія на стремленіе короля Роберта французскаго (996—1031) и послѣдующихъ за нимъ королей выступить въ защиту мира и справедливости. Робертъ старался, при помощи духовенства, стать посредникомъ въ возникающихъ спорахъ и добиться отъ враждующихъ примиренія, основываясь на правилахъ, установленныхъ соборами. Старанія такія королей едва-ли увѣнчивались успѣхомъ, въ виду слабости ихъ власти и полной фактической независимости отъ нихъ бароновъ и другихъ феодаловъ, привыкшихъ „носить свое право на остріѣ своего меча“, которые, собственно говоря, и могущество свое основали via facti.

настолько въ силѣ, что на соборахъ издаетъ обязательныя для всѣхъ постановленія, благодаря чему, опредѣленія соборовъ носятъ теперь характеръ законоположеній гражданскаго и административнаго характера.

Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что идея такой защиты мира посредствомъ установленія союзами духовныхъ и свѣтскихъ владыкъ соглашеній указаннаго выше характера не была принята всѣми въ обществѣ съ одинаковымъ энтузіазмомъ.

Правда, простой народъ, горожане и духовенство, т. е. въ общемъ тѣ соціальные элементы, кои болѣе всего нуждались въ защитѣ отъ притѣсненій насильниковъ, охотно примкнули къ лигамъ въ защиту мира, образуя не рѣдко и сами такіе союзы самозащиты отъ насильниковъ.[1]) Далеко не съ такими симпатіями была встрѣчена идея pax dei со стороны феодаловъ, отношенія которыхъ къ ближнимъ и къ ихъ имуществу ясно выражены между прочимъ средневѣковыми германскими пословицами: „Rauben ist keine Schande, das thun die Besten im Lande“. „Wer der stärkste war, der schob den andern in den Sack“. „Wer die Macht habe, auch das Recht habe“ и т. п. Поэтому церковь рядомъ съ правилами о pax dei, въ дополненіе по этому институту, ввела новый,—такъ называемую treuga dei. При pax dei противъ насильственныхъ дѣйствій защищались лишь опредѣленныя, точно указанныя лица и имущества; тогда какъ по treuga dei устанавливалась охрана отъ насилій для всѣхъ лицъ и ихъ имущества, но на опредѣленные лишь дни и сроки, въ которые запрещалось всѣмъ вообще обнажать оружіе, кромѣ случаевъ войны или преслѣдованія преступниковъ, попавшихся in flagranti.

Впервые treuga dei была установлена на соборѣ 1027 г. въ Эльнъ (Elne), когда было указано, чтобы на пространствѣ всего Эльнскаго графства не совершалось никѣмъ насиль-

---

[1]) Примѣры см. Huberti § 12 и § 14. О братствѣ „agnus dei“ 1183 г. для Германіи см. Busson—Zur Geschichte des grossen Landfriedensbundes deutscher Städte 1254. 1871: Eggert—Studien zur Geschichte der Landfrieden 1876; Goecke—Die Anfänge der Landfriedensaufichtungen in Deutschland 1875.

ственныхъ дѣйствій отъ 9 часовъ субботы до 1 часа понедѣльника, «для того чтобы въ это время каждый могъ воздать Божіе Богу въ теченіи праздничнаго дня».

Здѣсь намъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то обстоятельство, что въ теченіи болѣе полувѣка pax и treuga dei возникали и развивались подъ преимущественнымъ вліяніемъ духовенства, по почину архіепископовъ французскихъ, на провинціальныхъ соборахъ, и въ то же время глава католическаго христіанства—папа стоялъ въ сторонѣ отъ этого движенія [1]).

Источники указываютъ намъ на участіе папъ въ установленіи Божьяго мира впервые лишь въ 1068 г. Именно, въ этомъ году состоялось нѣсколько мѣстныхъ соборовъ въ Испаніи, на которыхъ, въ особенности на соборахъ въ Vich d'Osona и въ Gerona, treuga dei была установлена при непосредственномъ и близкомъ участіи присутствовавшаго на соборахъ папскаго (Александра II) легата-кардинала Гуго (Hugo Candidus). Наконецъ, непосредственно участвуютъ и даже предсѣдательствуютъ папы на соборахъ—Латеранскомъ, 1059 г., и Римскомъ (при Григоріи VII, приблизительно въ 1074—75 г.г.), на которыхъ, въ числѣ прочихъ постановленій, состоялись подтвержденія Божьяго мира [2]). Но во всякомъ случаѣ до конца XI вѣка миръ Божій играетъ въ исторіи папства второстепенную роль. Начиная съ этого времени, картина однако мѣняется; всюду въ жизни мы наблюдаемъ все возрастающее господство церковныхъ воззрѣній. Могучимъ движеніемъ, при Григоріи VII, выступаютъ на первый планъ церковно-религіозные интересы, захватывая постепенно въ сферу своего вліянія всю культурную жизнь средневѣковья. Теперь проявляется въ духовенствѣ стремленіе не только освободить церковь отъ служебнаго подчиненнаго свѣтскимъ суверенамъ положенія, но и создать себѣ полную независимость отъ свѣтской власти и утвердить свое господство рядомъ съ послѣдней и даже надъ нею самой. Какъ извѣстно, благодаря дѣятельности цѣлаго ряда талантливыхъ

---

[1]) См. Huberti—cit. стр. 387 слѣд. стр. 468.

[2]) См. Huberti—cit. стр. 389 слѣд.

папъ, духовенство достигло намѣченной цѣли. Такъ, насколько великъ былъ къ XI вѣку авторитетъ духовенства, по крайней мѣрѣ въ области юстиціи, на это указываетъ въ достаточной мѣрѣ правило декрета Граціана, согласно которому *всякая* тяжба между христіанами признавалась подвѣдомственной суду духовному:—Quaecumque contentiones inter christianos ortae fuerint, ad Eccesliam deferantur et ab ecclesiasticis viris terminentur»[1]). Въ силу этого правила всякій истецъ могъ вызвать своего противника на судъ церковный; мало того, каждый тяжущійся по дѣлу, уже начатому передъ свѣтскимъ судьей, могъ перенести процесъ къ церковному судьѣ.

Успѣшное и непосредственное вмѣшательство папъ въ движеніе на защиту мира проявляется особенно при Урбанѣ II, на Клермонтскомъ соборѣ 1095 г.

Уже съ начала 11 вѣка наступилъ тотъ періодъ всемірно-историческихъ движеній, при которомъ человѣчество направилось по новымъ путямъ[2]). Эта эволюція общественной жизни была подмѣчена папой Урбаномъ II, которому удалось своевременно направить воинствующіе элементы общества къ достиженію высокой цѣли освобожденія Іерусалима изъ рукъ невѣрныхъ. Благодаря этому, стало возможнымъ устранить наиболѣе безпокойный элементъ изъ общественной жизни, и достичь такимъ путемъ болѣе прочнаго установленія защиты мира внутри государства. Въ то же время на Клермонтскомъ соборѣ перковь, по иниціативѣ Урбана II, приняла на себя защиту имущества крестоносцовъ на все время ихъ отсутствія съ родины[3]).

---

[1]) Decret. Gratiani II pars. caus. I, quaest. I. c. 7.

[2]) См. Reuter—Geschichte der religiosen Aufklärung im Mittelalter I изд. § 139 слѣд.

[3]) Какъ справедливо говоритъ объ этомъ Fulcher de Chartres См. его Historia Ierosolimitana lib. I стр. 4—1 въ Recueil des historiens des croisades—Historiens occidentaux III, p. 325:

„Taliter Urbanus vir prudens et venerandus, est meditatus opus, quo postea floruit orbis. Nam pacem renovavit, ecclesiaeque jura in modos pristinos restituit; sed et paganos do terris Christianorum instinctu vivaci effugare conatus est.

Въ силу такой защиты со стороны церкви, разъ кто либо покушался захватить имущество, оставленное крестоносцами дома, епископъ этой мѣстности выступалъ противъ нарушителя съ церковными наказаніями. Это правило неоднократно подтверждалось папами и позднѣе.

Папа Калликстъ II, пользуясь своей властью, считалъ уже возможнымъ на Латеранскомъ соборѣ 1123 года, установить обязательность охраны мира для *всѣхъ* христіанъ. Это правило Латеранскаго собора было реципировано въ decretum Gratiani c. 23, Caus. XXVI, quaest. 3, сдѣлавшись такимъ образомъ юридически обязательнымъ для всѣхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ постепенно вырабатывается все болѣе тщательнымъ образомъ казуистика вопроса о томъ, что, какія именно дѣйствія, слѣдуетъ считать нарушающими земскій миръ. И дѣйствительно, въ позднѣйшихъ папскихъ постановленіяхъ о вѣчномъ мирѣ встрѣчаемся мы съ замѣчательно подробной регламентаціей этого вопроса [1]).

Здѣсь же равнымъ образомъ видимъ мы указанія на ту строгость взысканій въ уголовномъ порядкѣ, которымъ подвергался нарушитель земскаго мира, и которыя налагались на него независимо отъ имущественнаго вознагражденія потерпѣвшимъ [2]).

---

[1]) Примѣромъ могутъ служить изданныя во время папства Григорія III правила „de pace fracta“ (Statuta almae urbis Romae, edit. a. 1580, lib. II, cap. XXV pag. 95):

„Quicumque pacem cum adversario suo factam, studiose fregerit, per se vel per alium, si capi poterit, capite puniatur ad mortem; si autem capi non potuerit, capitaliter diffidetur ad mortem, bonis ejus publicatis: et si poena fuerit in instrumento apposita, illa etiam à datis fidejussoribus exigatur et cum offenso dividatur, secundum formam instrumenti pastorum; et non possit aliquo tempore reaffidari, nec libérationem a senatore impetrare; et si impetraverit, ipso jure nulla sit. Dominus autem ejus, ne Civitas ruinis deformetur, nullatenus diruatur, sed publicata pro medietate Camerae Urbis, et pro alia medietate parti offensae applicetur: reservatis semper juribus dotium mulierum et quoruncunque creditorum“.

[2]) Cp. ibid l. II, cap. XXVI pag. 95—„De frangentibus securitatem vel treugam“:

„Similiter etiam contra frangentem securitatum perpetuam, vel ab tempus ultra poenas conventionales, eaqem poena capitis ad mortem, sicut contra frangentes pacem, imponatur: et praedicta locum habeant, si de securitate vel treuga constet per publicum instrumentum“.

Въ Германіи, въ противоположность Франціи, императоры, имѣвшіе фактическую власть и силу даже въ самыя темныя времена средневѣковья, уже непосредственно, а не черезъ духовенство, выступали защитниками земскаго мира, проводя ту же идею, какъ и духовенство юга Франціи, именно о необходимой и обязательной защитѣ отъ насилія надъ личностью и имуществомъ всѣхъ слабыхъ и безпомощныхъ хотя бы и стоящихъ внѣ феодальныхъ отношеній и феодальной охраны. Въ цѣляхъ этихъ императоры воспользовались готовымъ средствомъ; именно, они стали издавать, по договорамъ съ болѣе могущественными феодалами, обязательныя для соблюденія, подъ угрозой уголовной кары ослушникамъ, правила о земскомъ мирѣ (Landfriede). Такихъ Landfriede исторія знаетъ въ Германіи и Австріи непрерывный рядъ, начиная съ XII вѣка. [1]).

Если при этомъ на насильниковъ налагалась духовенствомъ отлученіе отъ церкви, оно влекло за собою и общее ограниченіе правоспособности. На это имѣются прямыя указанія, напр., въ такъ называемой Constitutio contra incendiarios Фридриха I, отъ 29 декабря 1186 года [2]):

---

[1]) Такъ въ Швабскомъ соглашеніи о земскомъ мирѣ, отъ 1104 или 1108 года. См. Monumenta Germaniae historica. Constitutiones edit. Weiland et Schvalm I №4 30, стр. 614 слѣд. мы читаемъ въ § 1— „Clerici et eccilesiae et cimeteria et dotes ecclesiarum pacem habeant; similiter omnes homines pacem habeant in domibus et in quolibet aedficio et in curiis etiam infra legitimas areas domum, quas hovestete vulgo vocamus, sive sint septae seu nulla sepe sint circumdatae. Mulieres nullius violentiam paciantur. Mercatores et agricolae pacem habeant. Nullus omnino pro sola causa pecuniae capiatur. Si quis predictam pacem infregerit, manum perdere debet".

[2]) См. Monumenta Germaniae—cit. Constitut. I, № 318, стр. 444—452. § 10—„ Si quis autem a proscriptione et excommunicatione simul infra annum et diem non fuerit absolutus, universo iure et honore et legalitate sua privatus habeatur, ita ut in ferendo testimonio vel ad causandum de cetero nequaquam sit admittendus. Omni quoque feodali jure perpetuo carebit" См. Monum. German.—cit. Constit. II № 375, § 2— подтвержденіе Вильгельмомъ, въ 1255 году земскаго мира Рейнскаго союза. См. Goecke— Die Anfänge der Landfriedenaufrichtungen in Deutschland 1875.

Охрана самая мира противъ нарушителей гарантируется здѣсь союзомъ договаривающихся, обязывающихся солидарно бороться противъ лицъ, виновныхъ въ проявленіяхъ кулачнаго права [1]).

Во всѣхъ этихъ постановленіяхъ императоръ ополчается противъ кулачнаго права и противъ насилій, заботясь объ охранѣ личности и имущества своихъ подданныхъ — сперва debilium personarum, а позднѣе всѣхъ вообще, безъ обращенія вниманія на ихъ соціальное и экономическое положеніе.

Вмѣстѣ съ тѣмъ и во Франціи, и въ Германіи до конца XIII вѣка если по такимъ соглашеніямъ о земскомъ мирѣ защита владѣнія и признавалась, то весьма неопредѣленно, именно лишь въ видѣ общаго положенія о необходимости возстановленія потерпѣвшаго отъ насилія въ его прежнемъ состояніи и о строгомъ наказаніи лица, нарушившаго земскій миръ грубыми проявленіями кулачнаго права. О владѣніи и необходимости защиты его отъ насилій помимо вопроса о правѣ лицъ и независимо отъ общей идеи защиты земскаго мира здѣсь еще нѣтъ и рѣчи. Поэтому, думается намъ, можно сказать, что всѣ эти pacta pacis, treugae Dei, Landfrieden, возникшія по иниціативѣ духовенства юга Франціи и реципированныя всѣми тогдашними государствами запада Европы, вплоть до конца XIII вѣка не содержали еще правилъ о необходимости защиты владѣнія, какъ такового, отъ насилій и самоуправства; въ тоже время они однако расчистили дорогу для возникновенія въ сознаніи тогдашняго общества идеи о необходимости и желательности такой защиты.

---

[1]). Ср. напр. § 27 земскаго мира короля Рудольфа, отъ 1287 года. „Wir setzen auch und gebieten vestecliche, das swa es not geschehe durch bruche des lantfrides, die nehesten, die dabi gesezzen si, da der bruch geschehen ist, den lantfrieden beschirmen und helfen wern; und virmugen ez die niht. so suln ez die tun, die darnach die nehesten sint, und darzu sulen wir (король) den helfen, ob ez not ist. Monum. Germaniae historica. Leges t. II, стр. 448—452.

Дѣйствительно, какъ увидимъ ниже, эта идея народилась почти одновременно съ правилами о земскомъ мирѣ въ той же мѣстности и среди того же круга лицъ, именно среди духовенства юга Франціи, откуда уже позднѣе проникла въ каноническое законодательство, а изъ послѣдняго путемъ рецепціи, совмѣстно съ правилами римскаго права, и въ свѣтскія законодательства средневѣковой Европы.

Часть II-я.

Remedium spolii, его возникновеніе.

Въ разсматриваемое нами время ранняго средневѣковья, при господствѣ кулачнаго права, церковь, которой въ то время принадлежала нравственная диктатура, была одна способна поддержать, хотя сколько нибудь, миръ и порядокъ въ грубомъ и некультурномъ тогдашнемъ обществѣ. Слабая къ тому же фактически она сама чувствовала потребность въ мирѣ и охранѣ общества отъ насильниковъ, почему съ тѣмъ большимъ рвеніемъ принялась за это дѣло, дойдя, какъ увидимъ ниже, даже до крайностей въ распространеніи понятія владѣльческой защиты.

Какъ вполнѣ справедливо указываетъ Брунсъ (Bruns—Das Recht des Besitzes § 15, стр. 128 слѣд.), издавна внутри церкви встрѣчаются случаи охраны status quo отъ проявленія насилія и самоуправства въ области отношеній чисто церковныхъ. Уже въ первые вѣка христіанской вѣры не рѣдко бывало, что епископы проявляли свою дѣятельность въ предѣлахъ чужихъ епископій въ цѣляхъ такимъ образомъ или увеличить свой авторитетъ въ этихъ мѣстностяхъ, или даже постепенно привлечь ихъ подъ свое управленіе. Правилами Апостольскими, can. 14, и на первомъ Никейскомъ соборѣ, 325 г. can. 15, это было запрещено; причемъ позднѣе запретъ этотъ многократно повторялся на соборахъ (см. цитаты у Bruns—cit. стр. 129). При этомъ въ постановленіяхъ нѣкоторыхъ соборовъ самое отношеніе епископа къ своей діоцезѣ прямо именуется possessio. Конечно, выраженіе это употреблено здѣсь не въ техническомъ смыслѣ—для установленія понятія владѣнія, въ противоположность собствен-

ности и инымъ вещнымъ правамъ; однако оно позднѣе послужило исходнымъ пунктомъ для идеи защиты владѣнія въ церковномъ правѣ. Такъ въ гл. 119 правилъ 6-го Карфагенскаго собора, 419 года, мы читаемъ: «ut si quam dioecesim episcopus ab haeresi liberans triennio possederit, nullus eam repetat», и въ связи съ этомъ, въ главѣ 120:—

> «Ut quicunque episcopi plebes, quis ad suam cathedram existiment pertinere, non ita repetant, ut causas suas episcopis judicantibus agant, sed alio retinente irruerint, causae suae detrimentum patiantur. Et si... nondum est finita contentio, ille discedat, quem constiterit praetermissis judiciis irruisse, et... conveniat eum qui tenet» (см. Bruns—cit. стр. 129).

Достаточно ясныя указанія на сознаніе необходимости запрещенія насильственныхъ дѣйствій ранѣе признанія законнымъ порядкомъ фактическаго состоянія несоотвѣтствующимъ праву имѣются въ дѣлахъ Римскаго синода, 501 года, по обвиненію Симмаха. Этотъ папа за разныя преступленія былъ лишенъ Теодорихомъ своей епископіи, куда посланъ былъ управлять намѣстникъ (visitator), а король созвалъ означенный соборъ для обсужденія винъ Симмаха, пригласивъ на него и Симмаха. Послѣдній явился на соборъ, благодарилъ Теодориха за вызовъ и заявилъ, что таково (на созывъ собора) было и его желаніе, и обѣщалъ дать свое согласіе какъ того требовали церковныя правила, на рѣшенія собора, надѣясь, что прежде синодъ отзоветъ визитатора и возстановить его, Симмаха, въ его прежнемъ состояніи, а потомъ уже станетъ разбирать его дѣло по существу: [1])

---

[1]) «Sperans ut visitator, qui contra religionem, contra statuta veterum, vel contra regulas majorum, a parte cleri vel ab aliquibus laicis fuerat postulatus, ex ordinatione antistitum, sicut dicebat sanctum propositum, prima fronte cederet; et omnia quae per suggestiones inimicorum suorum amiserat potestati ejus legaliter ab honorabili concilio redintegrarentur seu redderentur: et tanti loci praesul regulariter prius statui pristino redderetur; et tunc, non ante, veniret ad causam: et si ita recte videretur, accusantium propositionibus responderet».

Синодъ склонялся на сторону этой просьбы Симмаха, но король воспротивился, заявивъ:

«Digna res visa est maximo sacerdotum numero, quae mereretur effectum: decernere tamen aliquid synodus sine regia notitia non praesumpsit. Sed suggestio justa (ista) per legatorum negligentiam non meruit secundum vota responsum. Iussus est regis praeceptionibus papa Simmachus ante partimonii vel ecclesiarum (quas amiserat) receptionem, cum impugnatoribus suis in disceptatione confligere, qui potestatis suae privilegia, et quae pro conscientiae (quantum juste aestimamus) emendatione submisirat, nec hac voluit vice resumere» [1]).

Во всякомъ случаѣ намъ думается, изъ всего сказаннаго можно, согласно съ Брунсомъ, cit. S. 136 заключить, что идея защиты status quo отъ самовольныхъ нарушеній издавна уже проявлялась въ церковныхъ правилахъ, но во первыхъ, именно лишь исключительно въ области дѣлъ чисто церковныхъ, а во вторыхъ, только спорадически, не формируясь еще въ общеобязательное правило церковнаго права [2]).

Заслуга созданія послѣдняго, хотя, правда, не совсѣмъ нормальнымъ путемъ, именно, при помощи подлоговъ и фальсификаціи древнихъ текстовъ, принадлежитъ духовенству южной Франціи, въ половинѣ IX вѣка.

Въ настоящее время намъ извѣстенъ цѣлый рядъ сборниковъ такихъ фальцифированныхъ источниковъ церковнаго

---

[1]) Mansi—Conciliorum collectio т. VIII, 249.

Blascus (Blasco)—De collectione canonum Isydori Merkatoris commentarii Neap. 1760, гл. 8 § 5—указываетъ еще на рядъ случаевъ такого же рода защиты status quo, но см. правильную критику ихъ у Bruns—cit. § 16.

[2]) Равнымъ образомъ Goecke (De exceptione spolii 1858 p. 26) признаетъ, что exceptio spolii хотя и примѣнялась иногда, въ отдѣльныхъ случаяхъ ранѣе Лже-Исидора, (напр. въ дѣлѣ Іоанна Златоуста и Симмаха), но здѣсь случаи примѣненія ея основывали не на велѣніяхъ закона или обычая, но просто лишь въ силу того соображенія, quod executio ante iudicium fieri non debet. Причемъ и примѣнялась эта exceptio въ отдѣльныхъ случаяхъ каждый разъ по особо уважительнымъ даже исключительнымъ причинамъ, каковыми являлись въ одномъ случаѣ протестъ римскихъ епископовъ противъ правила, изданнаго еретиками, въ другомъ—уваженіе къ авторитету папскаго сана.

права. Главное мѣсто среди нихъ занимаютъ знаменитыя Лже-Исидоровы декреталіи; кромѣ того имѣются еще Капитуляріи Бенедикта Левиты и Ангильрмана. Имъ всѣмъ предшествовали подготовительные труды, помѣщенные въ Acta Pontificum Cenomannensium и Gesta Aldrici, на значеніе которыхъ въ означенномъ смыслѣ указалъ Симсонъ [1]).

Въ задачу моего изложенія не входитъ подробное разсмотрѣніе содержанія этихъ источниковъ, ихъ взаимоотношенія, мѣста происхожденія, цѣли изданія и т. д. Поэтому я считаю возможнымъ лишь краткимъ образомъ отмѣтить въ данномъ отношеніи прежде всего, что до послѣдняго времени большинство писателей придерживалось того мнѣнія, что сборники Бен. Левиты и Ангильрамна, были составлены ими *позднѣе* Лже-Исидорова, которымъ они пользовалися какъ источникомъ и руководствомъ для своихъ компиляцій [2]). За послѣднее время однако большимъ успѣхомъ пользуется другое воззрѣніе, по которому, напротивъ, древнѣйшимъ по времени изъ указанныхъ трехъ сборниковъ считается Капитулярій Бенедикта Левиты. Ангильрамнъ уже изъ него черпалъ свои правила; тогда какъ авторъ Лже-Исидоровыхъ декреталій составилъ свой сборникъ путемъ большихъ компиляцій изъ двухъ первыхъ [3]).

Цѣлью изданія этихъ сборниковъ было желаніе улучшить процессуальное положеніе епископовъ, и желаніе это возникло впервые именно на юго-западѣ Франціи, гдѣ во время борьбы Людовика Благочестиваго съ Лотаремъ многіе епископы, сторонники того или другого, оказывались часто въ затруднительномъ положеніи и терпѣли насилія [4]).

---

[1]) Simson—Die Entstehung der pseudo Isidorischen Fälschungen in le Mans 1886.

[2]) См. наприм. Eihhorn—Ueber die Spanische Sammlung; Zeitschr f. geschichtliche Rechtswissenschaft T. II, стр. 183; Stobbe—Geschichte der Deutschen Rechtsquellen I, стр. 237.

[3]) Взглядъ этотъ высказалъ Hinschius и его приняли между прочимъ такіе авторитеты, какъ Richter—Kirchenrecht §§ 36—38; Schulte—Kirchenrecht § 6; ср. Simson--Die Entstéhung der Pseudo Isydorischen Fälschungen 1886 стр. 107.

[4]) Таково мнѣніе Blasco—De collectione canonum 1760, гл. X; его приняли Richter—cit. стр. 101; Schulte—cit. стр. 19 и др. Впрочемъ имѣются и иныя воззрѣнія, см. напр. Viollet—Precis de l'histoire du droit Français. I стр. 49; Fournier—въ Nouv. Rev. Hist. de droit. 1887 стр. 101 и др.

Въ виду громаднаго вліянія вообще не развитіе защиты владѣнія въ церковномъ правѣ, какое оказалъ Лже-Исидоровъ сборникъ, благодаря рецепціи нормъ его въ папское законодательство, мы и остановимся здѣсь на разсмотрѣніи содержанія именно этого памятника, по скольку оно касается интересующаго насъ вопроса [1]).

Прежде всего должно замѣтить, что въ литературѣ далеко нѣтъ согласія относительно не только мѣста и времени появленія этого источника права, но и личности самого автора [2]).

Позднѣйшіе писатели, при такой неопредѣленности положенія и отсутствія достаточныхъ данныхъ для выясненія вопроса, признаютъ авторомъ Лже-Исидоровыхъ декреталій вообще одного изъ церковниковъ Реймской діоцезы [3]). Относительно времени появленія этого сборника авторы въ общемъ согласно относятъ его къ половинѣ IX вѣка, приблизительно между 840—853 годами [4]). Мѣстомъ появленія

---

[1]) Сюда относятся слѣдующія мѣста, см. Hinschius—Decretales Pseudo Isydorianae:

Praefat. cap. VI; Sixti. I—epist. 2; Zephirini—epist 2, cap. XII; Fabianus—epist. 2 cap. XX; Stephanus—ep. 2, cap. VI; Sixti II—epist. cap. VI; Felix I—ep. 2, cap. X; Gaii—epist. cap. IV; Marcelli—ep. 2, cap. VIII-Euscbii—ep. 2, cap. XI—XIII; Iulii—ep. 2, cap. XII, XIII; Athanasii et omnium Aegiptorum ep. ad. Felicem II; Felic. II. ep. 2 cap. IV, V, IX Stephan. archiepisc. et trium Concil. Afric. ad. Damasum; Damas· ad Afros - ep. cap. XII, XIII; Acta quintae synodus sub Symmaco; Ioannis I—epist. 1; Pelagii II—ep. 2 cap. III;—см. Hinschius—cit. стран. 18, 19, 109, 133, 165, 184, 192, 201, 215, 227, 237, 238, 468, 473, 480, 485; 501, 503, 676, 694 и 731.

[2]) Особенно разошлись писатели по послѣднему вопросу. Такъ Goecke—De exceptione spolii, Berol. 1858 стр. 58—называетъ его авторомъ Отгара, епископа Майнцкаго; Walter— op. cit § 97,—Vering - Lehrb. des Kirchenrechts § 17, Kunst—Monum. German. IV, 2 p. 35 и др. видятъ автора въ Бенедиктѣ Левита. Другіе, наконецъ, называютъ авторомъ епископа Альдрика, а равно канониковъ Вульфада и Эбона.

[3]) Таковы наприм.: Hinschius—cit. p. CCXXXV; Schulte—cit p. 19.

[4]) См. Hinschius—Decis. Ps. Isydor. p. 201; Walter—Kirchenrecht I, § 97; Richter—Kirchenrecht § 39 стр. 107; Schulte—Kirchenrecht § 6, стр. 18 и друг.

Лже-Исидорова сборника большинство писателей нозываетъ Францію [3]).

Относительно содержанія многочисленныхъ мѣстъ Лже-Исидорова сборника, заключающихъ въ себѣ правила касательно интересующаго насъ вопроса, слѣдуетъ замѣтить, вмѣстѣ съ Брунсомъ и Гёке, что они почти исключительно повторяютъ ту основную мысль, что епископъ, утратившій насильственно свою власть, епископію, а вмѣстѣ съ тѣмъ и свое имущество, является крайне стѣсненнымъ и лишеннымъ возможности и средствъ съ успѣхомъ бороться противъ предъявленныхъ къ нему post-factum требованій на судѣ, почему легко можетъ проиграть и правое свое дѣло. Мотивъ этотъ ясно выраженъ у Damasi epist. ad Afros cap. XII, гдѣ сказано:—«Scimus enim homines inermes non posse cum armatis rite pugnare, sed nec illi qui ejecti aut suis bonis sunt expoliati cum illis qui in suo stant gradu et suis fruuntur amicis atque bonis, litigare rite non possunt» Поэтому здѣсь устанавливается общимъ правиломъ, что 1) епископъ, лишенный своей власти и епископіи можетъ быть привлеченъ къ суду за преступленія не ранѣе, какъ будетъ возстановленъ въ прежнемъ своемъ состояніи; причемъ 2) возстановленіе такого status quo возлагается на обязанность суда непосредственно (ex officio [2]) ранѣе разбора самаго дѣла.

---

[3]) Этотъ взглядъ былъ высказанъ уже Кнустомъ, Вальтеромъ, а вслѣдъ за ними и другими позднѣйшими изслѣдователями. При этомъ Гиншіусъ, Гёке, Филиппсъ, Рихтеръ, Шульте и др. называютъ Реймсъ мѣстомъ, гдѣ будто бы сборникъ этотъ былъ составленъ для епископа Эбона, чтобы помочь ему въ тяжбѣ съ Инкмаромъ. Другіе писатели, въ томъ числѣ Roth—въ Zeitshrift für Rechtsgeschichte 1866 V, стр. 18, и Simson—Die Entstehung Pseudo—Isydorischen Fälschungen in Le-Mans 1886 называютъ Le-Mans его родиной.

Относительно пріемовъ и средствъ, какими пользовался Лже-Исидоръ въ приведенныхъ выше мѣстахъ своего сборника для созданія remedium'a spolii, какъ самостоятельнаго института права, см. Bruns—cit. § 17, Ruffini—L'actio Spolii 1889 стр. 184 слѣд.

[2]) Ср. Bruns—cit. стр. 144: «Die Idee, die Ps. Isidor hier hat, ist eine ganz eigenthümliche, bei uns noch keineswegs recht erkannte. Den Ausgangspunkt bei der ganzen Bestimmung bildet bei ihm der Gedanke, dass ein Bischof, der von seiner Sitze vertrieben und seiner Macht und seines Vermögens beraubt ist, sich nur schwer gegen die Anklagen mächtiger Feinde vertheidigen könne, und ihnen daher leicht ungerechter Weise unterliegen könne». Сравн. Геке cit. S. 61.

Первое правило установлено въ цѣломъ рядѣ мѣстъ разсматриваемаго сборника.

Praefat. c. 6:

«Nullus si suis est rebus spoliatus... antequam omnia ei restituantur... justa canonicam accusari, vocari, judicari aut dampnari institutionem potest».

Sixti I, epistola 2; ср. Sixti II, ep. 2, cap. VI:—

«Nemo pontificum aliquem suis rebus expoliatum episcopum excommunicare aut judicare praesumat».

Stefan. epist. 2, cap. VI:—

«Nullus episcoporum, dum suis fuerit rebus expoliatus... debet accusari aut a quoquam potest ei crimen obici, priusquam integerrime restauretur».

Eusebius. epist. 2, cap. XI: сравн. Ioann. I ep. 1:—

«Quos (rebus suis expoliatos) scias nec ad synodum comprovincialem nec ad generalem posse vocare nec in aliquo judicare antequam cuncta... redintegrentur»

Большее количество мѣстъ гдѣ говорится у Лже-Исидора не только о лишеніи власти и епископіи, но и вообще res, объясняется патримоніальнымъ воззрѣніемъ того времени на sedes episcopalis.

Второе правило ясно видно въ слѣдующихъ мѣстахъ:

Felix I, epist. 2, cap. X:—

«Nullatenus a quoquam respondere rogetur (cogatur) antequam integerrime omnia... potestati ejus ad honorabili concilio legali ordine redintegrentur».

Euseb. Epist. 2, cap. XII; ср. Acta quintae synod, sub Simmacho; Ioannis I, epist. I:—

«Redintegranda sunt omnia *expoliatis vel ejectis* episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eorum unde abscesserunt potestatem funditus revocanda, quacunque conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute maiorum, aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias, aut substantias suas, perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum».

Это знаменитое мѣсто Лже-Исидоровыхъ декреталій, равно какъ Damas. epist. ad Afros cap. XII, (см. выш.)

служатъ въ подтвержденіе примѣненія remed. spolii въ случаяхъ насильственнаго (вообще неправомѣрнаго) лишенія епископовъ ихъ власти и имущества. [1])

Stephan. epist. 2, cap. VI:—

«Nullus episcoporum... debet accusari... priusquam... propriae sedi... reddatur ita, ut omnes possessiones... primates et synodum episcopo... funditus restituant».

Euseb. ep 2, cap. XII; cp Acta V synodus sub Simmach.; Ioanis 1 epist. I:—

«Omnia sublata... perceptor vel primas possessori restituat».

Брунсомъ высказана мысль, что Лже-Исидоровыми декреталіями устанавливается для епископа право на представленіе возраженія (exceptio), и вмѣстѣ право на спеціальный искъ, при помощи котораго епископъ могъ требовать возстановленія себѣ status quo, нарушеннаго spolium'омъ, но это обусловлено было предварительнымъ предъявленіемъ возраженія. Таковъ по крайней мѣрѣ неизбѣжный выводъ изъ сказаннаго Брунсомъ на стр. 148 его цитированнаго нами выше сочиненія. Какъ говоритъ здѣсь Брунсъ, у Лже-Исидора exceptio spolii не была простымъ диляторнымъ *возраженіемъ* (Bruns употребляетъ именно терминъ Einrede, а не exceptio), но имѣла сложный характеръ, совмѣщая одновременно съ возраженіемъ своеобразное церковное исковое право; почему епископъ, предъявляя возраженіе, предъявлялъ въ немъ и искъ, и возраженіе. Результатомъ предъявленія такой exceptio spolii являлась при этомъ не только пріостановка (отсрочка) судоговоренія въ порядкѣ уголовномъ по ранѣе возбужденному противъ епископа дѣлу, но и restitutio епископа въ его власти и имуществѣ. Какъ указываетъ далѣе Брунсъ, exceptio spolii, являвшаяся такимъ образомъ и искомъ, и возраженіемъ, была спеціально установлена Лже-Исидоромъ только для однихъ епископовъ.

---

[1]) Именно такіе случаи насильственнаго лишенія епископовъ ихъ власти и епископіи наблюдаемъ мы въ первыхъ по времени казусахъ, рѣшенныхъ папами на основаніи Лже-Исидорова remedium'a spolii (см. С. Никоновъ cit. стр. 80—89—дѣло Ротада; стр. 91—92—дѣло Инкмара; стр. 93—дѣло Арнульфа; стр. 95, 98—дѣло Гебарда и др.).

При *такой* конструкціи exceptio spolii по Лже-Исидорову сборнику, какъ ее даетъ здѣсь намъ Брунсъ, т. е. признавая ее возраженіемъ съ основными чертами иска, неизбѣжно слѣдуетъ прійти къ тому выводу, что она непремѣнно должна была предъявляться именно епископами, а не судомъ ex officio: послѣднему неизбѣжно долженъ былъ бы мѣшать *исковый элементъ* этой exceptio spolii, результатомъ котораго являлась не только пріостановка судебнаго разбирательства по обвиненіи въ преступленіи, но еще и возвращеніе сполiированнаго. Такимъ образомъ Брунсъ утверждаетъ, что епископы не могли получить отсрочки судоговоренія и возстановленія во владѣніи отнятымъ у нихъ имуществомъ непосредственной дѣятельностью власти ex officio, но что для достиженія этихъ результатовъ непременно должны были сами представить означенную exceptio, и при томъ in limine litis,

Согласно съ Lёке (Coecke—cit. стр. 62), я считаю это заявленіе Брунса не отвѣчающимъ дѣйствительному смыслу Лже-Исидоровыхъ декреталій. Прежде всего здѣсь нѣтъ мѣстъ, въ текстѣ которыхъ можно было бы отыскать хотя намекъ на необходимость для епископовъ непремѣнно предъявлять exceptio, если они хотятъ возстановить себѣ status quo. Напротивъ, во многихъ мѣстахъ разсматриваемаго сборника ясно высказывается требованіе, чтобы судья не позволялъ епископу, до возстановленія его владѣнія, отвѣчать передъ судомъ [1]), а въ другихъ мѣстахъ указано, что епископамъ не должно отвѣчать на судѣ до возстановленія ихъ владѣнія:

Zephyr.—ep.2 cap.XII—Nec prius eos (episcopos ejectos) respondere debere».

Marcell.—ep. 2 cap. VIII—«Nec liceat eis... respondere».

Felic. II,—ep. I, cap. VI—«Nec respondere emulis debent»

Наконецъ, самое представленіе возраженія возможно лишь на судѣ передъ синодомъ. Между тѣмъ во многихъ мѣстахъ Лже-Исидорова сборника, прямо запрещается лишен-

---

[1]) См. Felic. I—epist. 2 cap. X; Zephyr.—ep. 2 cap. XI; Sixti I—ep. 2 Sixti II—ep. 2.

ному владѣнія епископу становиться передъ судомъ ранѣе обратнаго полученія отнятаго у него имущества [2]).

Во всякомъ случаѣ изъ смысла декреталій этихъ, а въ особенности знаменитой Redintegranda, ясно видно, что судья не могъ отказать въ дачѣ защиты, но былъ обязанъ, защищая споліированнаго епископа, а) отклонить обвиненіе, и b) выступить ex officio въ цѣляхъ возстановленія епископа во владѣніи по прежнему. Такимъ образомъ Лже-Исидорово remedium spolii является не искомъ или возраженіемъ въ собственномъ смыслѣ слова, а законной обязанностью, налагаемой на судью, въ силу которой послѣдній ex officio долженъ выступать, при наличности извѣстныхъ условій, въ защиту интересовъ епископа-споліата (officium judicis.) Правда, епископъ и самъ могъ ссылаться на такой beneficium spolii въ случаѣ, если судья забылъ его примѣнить; но это уже аномальный случай, не нарушающій смысла общаго правила (ср. Göcke—cit. стр. 63).

Что касается смысла мѣстъ Fabian. ep. 2 c. 20 („Nullatenus a quoquam accusarentur aut criminarentur, et nisi sponte elegerint cuiquam pro talibus responderent») и Felic. 1 ep. 2 c. 10. («Nec convocari, nec judicari poterit, nisi ipse pro sua necessitate, minime tamen judicandus, advenire sponte elegerit»), то въ нихъ мы видимъ прямое подтвержденіе только что высказанному нами положенію. По мысли этихъ двухъ мѣстъ запрещается привлекать споліированныхъ епископовъ къ уголовной отвѣтственности ранѣе возстановленія ихъ въ прежнемъ состояніи, если только *они сами не пожелаютъ* отвѣчать на судѣ и до restitutio spoliatorum («nisi sponte elegerint»); очевидно и здѣсь restitutio spoliatorum представляется какъ officium judicis, какъ привилегія епископовъ, отъ которой они *могутъ* отказаться, явно выразивъ на это свою волю, но отказъ такой никоимъ образомъ не предполагается.

Относительно лицъ, имѣющихъ право на remedium spolii, Лже-Исидоровъ сборникъ содержитъ ясныя и безспор-

---

[2]) См. напр. Eusebii—ep. 2; Felicis II—ep. 1, cap. III, IV, IX и др.

ныя правила. Право такое было признано здѣсь за епископами, обвиняемыми въ совершеніи неправомѣрныхъ дѣяній, въ томъ случаѣ, когда у этихъ лицъ были самовольно отняты ихъ имущество и власть.

Такое ограниченіе области примѣненія remedium'a spolii одними епископами отвѣчало самой цѣли составителей Лже-Исидорова сборника, желавшихъ улучшить юридическое положеніе именно однихъ епископовъ, а не всѣхъ клириковъ вообще.

Замѣтимъ впрочемъ, что ограничивъ такимъ образомъ кругъ лицъ, имѣющихъ право на remedium spolii, авторъ Лже-Исидоровыхъ декреталій дѣлаетъ уже намеки на возможность распространенія этого средства защиты и на другихъ лицъ изъ духовенства, какъ бы подготовляя въ будущемъ такое примѣненіе remedium'a spolii для всего клира. Эту идею онъ проводитъ въ посланіи къ папѣ Дамазію:

> «Pateat nobis... beatissime pater, aut si liceat hos (episcopos) vel alicos etiam minorum graduum clericos nisi legitimo canonice tempore vocatos... vel suis sedibus ejectos, aut suis rebus expoliatos, vocare ad synodum vel damnare, quia legimus eos non posse canonice ad synodum ante suam... restitutionem... vocari».

Слѣдуетъ замѣтить, что все посланіе это Стефана личное измышленіе Лже-Исидора; поэтому очевидно и желаніе фальсификатора, прикрывшись авторитетомъ древней Африканской церкви, дать новую идею (правда, пока нерѣшительно и въ общихъ формахъ) въ цѣляхъ охраны духовенства отъ притѣсненій со стороны сильныхъ.

Равнымъ образомъ и въ гл. IV посланія Гая (тоже чистое измышленіе Лже-Исидора) говорится «Et si quis episcopus, presbiter, aut diaconus vel quilibet clerici...» и постановляется, что обвиняющій ихъ долженъ представить документальныя доказательства; иначе, при доказанной неосновательности обвиненія, терпитъ infamiam. Къ этому правилу здѣсь далѣе добавлено въ общей формѣ, безъ особаго отличія епископовъ отъ другихъ клириковъ: «Nam qualiter ad concilium venietur, aut qualiter de suis rebus expoliatis vel ejectis a sedibus propriis» и т. д.—всѣ другія

общія правила касательно remedium spolii. Интересно, что и здѣсь эти правила введены авторомъ съ ссылкой на источники, очевидно, въ цѣляхъ установить въ читателяхъ предположеніе, что нормы эти созданы были еще апостолами и ихъ непосредственными преемниками въ дѣлѣ церковнаго управленія.

Наконецъ, въ цѣломъ рядѣ мѣстъ Лже-Исидоръ, очевидно въ тѣхъ же цѣляхъ упроченія примѣненія remidium'a spolii въ защиту духовенства вообще, прямо уже вопреки истинѣ заявляетъ, что мѣра такая примѣняется въ свѣтскомъ законодательствѣ въ защиту всѣхъ лицъ, лишенныхъ владѣнія, безразлично [1]).

Какъ увидимъ ниже, эти намеки на возможность примѣненія remedium'a spolii не только въ защиту однихъ епископовъ, но и другихъ лицъ духовнаго званія, развились позднѣе, подъ вліяніемъ канонистовъ и папскихъ посланій, въ общее правило.

Необходимымъ условіемъ возможности примѣненія remedium'a spolii является наличность всякаго рода *неправомѣрнаго отнятія* имущества у епископа, привлекаемаго къ суду за преступленія. Это понятіе Лже-Исидоръ выражаетъ глаголомъ expoliare, т. е. выраженіемъ общаго характера, означающимъ всякаго рода (не только насильственное) отнятіе вещей и иныхъ цѣнностей, благодаря которому нарушается нормальное положеніе лица въ его хозяйственной сферѣ и въ обществѣ; а равно фразами: volentiam pertulit (*Euseb*; cap. XII etc): vi aut terrore, vi aut timore pulsus (Felic. II, cap. IV, V, IX, Praef. cap. VI); vi aut dolo (Synod. V sub Sym.), или еще болѣе обще:—qualibet occasione, quocumque modo, ingenio (Steph. Ep. cap. VI; Syn. V sub Symm.). Эта же идея еще болѣе ясно выражается въ знаменитыхъ словахъ:—

> «Redintegranda sunt omnia exspoliatis episcopis... quacunque conditione temporis aut dolo, aut captivitate, aut virtute majorum, aut per quascunque injustas causas res... perdidisse noscuntur» (ср. Bruns—cit. стр. 155 слѣд.).

---

[1]) См. Praefat.—c. VI; Steph.—ep. 2, cap. VI; Zephirini—ep. 2 cap. XI; Damasii—epist. ad Afros,—cap. XIII.

Относительно продолжительности времени, допустимаго между примѣненіемъ remedium'a spolii и суда надъ споліированнымъ епископомъ, источники говорятъ не вездѣ точно. Такъ въ Praef. (cap. VI) и въ посланіяхъ Юлія, Феликса II, Дамазія, Фабіана, Маркелла и у другихъ мы встрѣчаемъ общія выраженія—multo tempore, per spatiosa tempora. magnum spatium, etc. Въ другихъ мѣстахъ однако время опредѣлено болѣе точно, именно тѣмъ же срокомъ, какой прошелъ отъ spolium'a до возстановленіи споліата въ прежнемъ положеніи[1]).

Еще категоричнѣе опредѣленъ этотъ срокъ въ посланіяхъ Феликса I и Гая, гдѣ говорится, что такой spatium долженъ быть 4, 5, 6, 7 мѣсяцевъ:—inter quattuor vel quinque aut septem menses indutiae anniversariae vel sex mensium indulgendae.

Какъ видно изъ текста многихъ мѣстъ Лже-Исидоровыхъ декреталій, цѣлью дачи remedium'a spolii являлось возстановленіе епископа въ прежнемъ его состояніи до момента spoliatio, чтобы онъ не являлся nudus et inermis въ послѣдующемъ процессѣ о его проступкахъ [2]). Сообразно съ этой основной цѣлью епископъ возстановлялся въ правахъ своихъ и ему возвращали *все* отнятое у него имущество, въ чемъ бы оно не состояло,—безразлично: suis rebus, sua sede, sua ecclesia, sua omnia, cuncta etc.“ Единственное число здѣсь не употребляется, кромѣ случаевъ означенія universitates rerum, каковы напр.—sedes, ecclesia. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ remedium не былъ установленъ (подобно средствамъ поссессорной защиты въ собственномъ смыслѣ слова) для выясненія споровъ по *отдѣльнымъ* вещамъ: это совершенно и не входило въ задачу Лже-Исидора. Вездѣ въ разсматриваемомъ сборникѣ говорится о возстановленіи

[1]) Ep. ad Felic. II, cap. IX, Ep. ad Euseb. cap. IX или еще ep. Iohannis I:
„Et tamdiu in sede propria pacifice et potestative cuncta disponens resideat, quamdiu expulsus vel expoliatus carere visus est rebus; tantum temporis spatium eis indulgeatur, quanti expoliati vel expulsi esse videntur“

[2]) Damas. ep. ad Afros cap. XIII—„Scimus enim homines inermes non posse cum armatis rite pugnare, sic nec illi, qui ejecti aut suis bonis sunt expoliati cum illis qui in suo stant gradu et suis fruuntur amicis atque bonis, litigare ritu non possunt“

для епископа status quo ante, объ обратной передачѣ ему sedes cum omnibus ad se pertinentibus, status cum omni honore, ecclesiae cum omni privilegio, или omnes possessiones, res, suppellectilia и т. д. [1]).

Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что именно эта общность и неопредѣленность выраженій явилась позднѣе весьма полезной при дальнѣйшемъ развитіи remedium'a spolii въ институтъ защиты владѣнія вообще, когда отчасти путемъ распространительнаго толкованія старыхъ нормъ, отчасти посредствомъ новеллъ, оказалось возможнымъ, на *старомъ фундаментѣ* создать защиту status quo въ дѣлѣ пользованія и отдѣльными вещами, взятыми противъ воли на то у ихъ прежняго обладателя.

Брунсъ (Bruns-cit. стр. 149—151) высказалъ иное мнѣніе по этому вопросу. Онъ считалъ привилегію, предоставленную Лже-Исидоромъ епископамъ, за настоящее средство поссессорной защиты, состоящее изъ exceptio и вспомогательнаго при послѣдней иска, служащаго для обратнаго полученія владѣнія отнятой вещью: „eine neue Einrede, zugleich auch ein neues Klagrecht". Другими словами, Брунсъ признавалъ уже для конца 9 вѣка возникшей и развившейся въ области каноническаго права спеціальную систему защиты владѣнія, при томъ независимо отъ старой римской системы поссессорныхъ исковъ. (См. выше стр. 74 слѣд.).

Мы думаемъ однако, что болѣе правильнымъ въ этомъ отношеніи представляется мнѣніе Гёке (Goecke—De Exceptione Spolii 1858 г. стр, 67), который замѣчаетъ, что отрывки изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій могутъ дать позднѣйшему юристу достаточно матерьяла для горячихъ споровъ и доводовъ въ пользу признанія здѣсь remedium'a spolii институтомъ, основаннымъ на правѣ собственности, или на possessio, или на detentio; но что ничего такого никогда и на мысль не приходило самому Лже-Исидору, преслѣдовавшему изданіемъ своего сборника совершенно иныя цѣли и задачи. Желая гарантировать епископовъ, обвиненныхъ въ извѣст-

---

[1]) Marcell.—ep. 2, cap. VIII; Euseb.—ep. cap. XI; Felicis I—ep. cap X; Steph.—ep. cap. VI; Zephyr.—Ep. II, cap. XI и др.

ныхъ преступленіяхъ, отъ послѣдствій самоуправныхъ дѣйствій враговъ, отъ violentia, благодаря которой потерпѣвшій ее могъ бы оказаться nudatus et inermis, и слѣдовательно безсильнымъ въ борьбѣ съ противниками, Лже-Исидоръ предписывалъ судьямъ прежде всего непремѣнно возстановить обвиняемаго епископа-споліата въ его прежнемъ состояніи, устранить результаты violentia его враговъ, и только послѣ это уже приступать къ разбору дѣла о его проступкахъ.

Результатомъ примѣненія remedium'a spolii являлись послѣдствія двоякого рода: (см. Goecke-cit. p. 68):

1) Обязательно и немедленно пріостанавливался уголовный искъ, возбужденный противъ споліированнаго епископа, каковы бы ни было сущность этого иска, или лицо, его возбудившее [1]).

При этомъ не имѣетъ значенія, самъ ли споліаторъ возбуждаетъ такой искъ, или кто другой.

2) Это remed spolii. налагаетъ ex officio на судью обязанность возстановить споліированнаго епископа въ его прежнемъ состояніи, кто бы при этомъ не являлся владѣльцемъ отнятого у епископа имущества, и какой бы animus possidendi не былъ у этого владѣльца [2])

Примѣненіе такого remedium'a spolii обставлено было Лже-Исидоромъ слѣдующими условіями:

а) прежде всего судья самъ ex officio долженъ былъ примѣнять его, не дожидаясь непремѣнно ссылки епископа на такое beneficium.

б) Привилегія такая дана была лишь въ пользу епископовъ, status quo которыхъ въ области спокойнаго пользованія ихъ правами и имуществомъ былъ нарушенъ противниками самовольно.

---

[1]) "Nullatenus a quoquam accusarentur...; nullatenus cuiquam pro talibus responderent....; nec quisquam potest eis quilibet majorum vel minorum obicere (Fabian Epist 2. c. XX); „nullatenus a quoquam respondere cogetur" (Felic I, Ep. C. X.); „aut a quoquam potest ei crimen obici" (Seph. Ep. c. VI).

[2]) Cp. Dum... res ab emulis aut a quibuscumque aliis detinentur— Fabian. Ep. 2, cap. XX; Pelag. II ep. 2).

в) Она примѣнялась лишь въ случаѣ возбужденія уголовнаго преслѣдованія противъ епископа, которому учинено было такое spolium.

Поэтому намъ кажется болѣе правильнымъ считать remedium spolii въ томъ видѣ, какъ онъ установленъ въ Лже-Исидоровыхъ декреталіяхъ, спеціальной привилегіей епископовъ, предоставленной имъ, въ интересахъ охраненія отъ насильниковъ, сравнительно въ очень ограниченномъ числѣ случаевъ, но не процессуальнымъ институтомъ exceptio съ чертами иска, какъ утверждаетъ это Брунсъ (cit. S. 149), а именно лишь привилегіей, процессуальнаго характера, которая только позднѣе послужила основаніемъ для развитія новаго института exceptio, а затѣмъ и actio spolii.

Но и позднѣе развившійся институтъ этотъ черпалъ силу свою не въ подложныхъ документахъ, а скорѣе изъ соотвѣтствія своего нравамъ и потребностямъ той эпохи, когда нужно было во что бы то ни стало найти средства и способы борьбы противъ насильниковъ и создать тишину и спокойствіе въ обществѣ путемъ охраны фактическаго пользованія и обладанія вещами. Вотъ почему remedium spolii былъ принятъ съ такимъ успѣхомъ, распространяя все болѣе и болѣе изъ каноническаго законодательства область своего примѣненія и среди мірянъ по всей Европѣ, вплоть до того времени, когда средство такое должно было отойти на второй планъ подъ вліяніемъ новыхъ запросовъ жизни, потребовавшей установленія другихъ менѣе рѣшительныхъ и рѣзкихъ способовъ защиты владѣнія.

Remedium spolii за время до Граціана.

Признаніе папами Лже-Исидоровыхъ декреталій, начало примѣненія ими правилъ о remedium'ѣ spolii въ своихъ посланіяхъ слѣдуетъ относить ко времени папъ Николая I и слѣдовавшаго за нимъ Адріана II. По крайней мѣрѣ изъ извѣстныхъ намъ источниковъ этого времени первый случай такого примѣненія remedium'а spolii относится къ концу 864 года.

Rothadus, епископъ Суассона былъ, въ 863 году, обвиненъ епископомъ Реймскимъ Инкмаромъ и синодомъ въ томъ, что неправильно наказалъ подчиненнаго ему священника, который не смотря на то, что аппеллировалъ передъ папой на такой приговоръ, былъ лишенъ своей епископіи. Узнавъ объ этомъ, папа Николай I немедленно отправилъ посланія къ епископамъ Франціи, къ Инкмару и къ королю Карлу Лысому, предписывая Инкмару возстановить Ротада въ его епископіи, а затѣмъ или явиться лично, или послать за себя легата въ Римъ на судъ къ папѣ вмѣстѣ съ Ротадомъ. Ротаду, который былъ уже къ этому времени заключенъ въ монастырь, было позволено отправиться въ Римъ; но ни Инкмаръ, ни его легатъ на судъ къ папѣ не явились. Прождавъ ихъ 9 мѣсяцевъ, папа затѣмъ на соборѣ торжественно объявилъ, что онъ возстановляетъ Ротада въ его санѣ.

Слѣдуетъ при этомъ отмѣтить двѣ фазы въ развитіи этого дѣла—до и послѣ прибытія Ротада въ Римъ.

Въ посланіи къ Инкмару, отъ 863 года, папа пишетъ[1]):

«Ut... Rothadum episcopato pariter et pristino honoris sui officio restituatis: ita ut tali per omnia decoretur honore, ea omnibus ita reddatur integer officios, qualem illum

---

[1]) Mansi—Conciliorum collectio XV, col. 295; см. Jaffè—Regesta Pontificum Romanorum p. 241 c. 2053.

eo constat fuisse tempore, quando expellendus apostolicae sedis memoriam fecit. Et ita demum, si qui videntur illius esse calumniatores, cum presbytero illo qui dejectionis ipsius causa extitit, Romam pariter cum saepe nominato Rothado; omni remota occasione, indefinientes accurrant».

И далѣе:

«Hoc autem expresse decernimus, ut post XXX dies, postquam haec nostra epistola ad vos delata fuerit, aut praefatum virum Rothadum omnino restituatis pristinae dignitati, aut si juste vos in eum egisse putatis, Romam cum eodem vos, vel vester legatus vestram vicem in omnibus ferens, ut utriusque partis causam ad liquidum scimus, adveniat».

Такимъ образомъ папа здѣсь предоставляетъ Инкмару на выборъ или возстановить Ротада въ его прежнемъ состояніи, признавъ свое рѣшеніе неправымъ; или же, въ противномъ случаѣ, если считаетъ приговоръ свой правильнымъ, явиться съ Ротадомъ въ Римъ на судъ второй инстанціи. Обязательнаго проведенія здѣсь правила—spoliatus ante omnia restituendus мы еще не видимъ.

Когда Ротадъ прибылъ въ Римъ, папа, въ 865 году, въ торжественномъ собраніи призналъ его возстановленнымъ въ прежнемъ званіи и состояніи. Вскорѣ послѣ того (см. Iaffe—cit. стр. 246) тотъ же папа, сообщая о такомъ своемъ рѣшеніи Карлу Лысому, совѣтуетъ ему остерегаться, чтобы потомъ про него не говорили того же, что уже написано про Теодориха:

«Qui ante patrimonii vel ecclesiarum, quas amiserat, receptionem, papam Symmachum, utpote Arianus et sceleratissimus rex, cum impugnatoribus suis in disceptationem confligere jussit cum potestate ejus omnia, quae per suggestiones inimicorum suorum amisirat, reddenda ad honorabilium Italorum episcoporum concilia jussa fuissent, et legaliter prius status pristino reditus, tunc veniret ad causam, et si ita recte videratur accusantium propositionibus responderet».

И добавляетъ затѣмъ:

«Cujus rei documento et aliis nonnulis decretis et exemplis imbuti, idipsum de Rothado episcopo nos quoque decrevimus» (Mansi—Concil. collectio t. XV, col. 690).

Здѣсь папа Николай уже прямо ссылается на случай съ Симмахомъ, постоянно встрѣчающійся въ Лже-Исидоровомъ сборникѣ, очевидно подчеркивая такимъ образомъ свое знакомство съ этимъ сборникомъ.

Въ подтвержденіе того, что папа въ это время уже былъ хорошо знакомъ съ содоржаніемъ Лже-Исидоровыхъ декреталій, можно привести еще посланіе того же папы къ Инкмару, написанное одновременно и по поводу того же дѣла. Въ посланіи этомъ Николай I, приказываетъ Инкмару или немедленно подчиниться его рѣшенію, или явиться въ Римъ, но во всякомъ случаѣ возстановить Ротада въ его званіи и состояніи (на чемъ особенно папа здѣсь настаиваетъ). При этомъ онъ говоритъ между прочимъ:

«Ita dumtaxat, ut prius ipse Rothadus *cunctis ablatis* sicut statuimus, recuperatis honoribus, et *vires sumens*, *diutius possideat*, et suis omnibus perfruatur»[1]).

Напечатанныя здѣсь курсивомъ слова цѣликомъ заимствованы изъ извѣстнаго мѣста Дамазія въ Лже-Исидоровыхъ декреталіяхъ, и по смыслу явно повторяютъ правила о remedium spolii этого источника[2]).

Мы видимъ такимъ образомъ здѣсь любопытный фактъ, именно, до прибытія Ротада въ Римъ папа въ рѣшеніяхъ своихъ нигдѣ не примѣняетъ еще remedium spolii. Между тѣмъ въ посланіяхъ его, написанныхъ послѣ того, какъ Ротадъ явился на судъ въ Римъ, не только remedium spolii получаетъ папскую санкцію, но уже помѣщаются цѣликомъ отдѣльныя наиболѣе характерныя выраженія изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій. Въ виду этого намъ представляется весьма вѣроятнымъ предположеніе, что именно Ротадъ первый, по прибытіи своемъ изъ Франціи въ Римъ, ознакомилъ

---

[1]) Mansi—cit XV, col. 693.

[2]) Ср. Mansi—cit. XV, col. 700, гдѣ встрѣчаются такія же заимствованія изъ Лже-Исидорова сборника въ другихъ посланіяхъ папы, написанныхъ два года спустя къ тому же Инкмару.

папу съ существованіемъ Лже-Исидоровыхъ декреталій [1]), прежде всего въ своихъ интересахъ представивъ сборникъ такого благопріятнаго и для папской власти содержанія.

Трудно сказать, почему папа, зная про Лже-Исидоровы декреталіи, не цитуетъ ихъ болѣе точнымъ образомъ въ своихъ посланіяхъ, равно какъ не даетъ бо́льшаго примѣненія его нормамъ. Причины этого могли быть самыя различныя. Быть можетъ, папа, не имѣя въ рукахъ списка декреталій, не рѣшался примѣнять правила ихъ по цитатамъ изъ третьихъ рукъ, или вообще сомнѣвался въ подлинности этого сборника. Наконецъ, причиной здѣсь могла быть основательная осторожность, необходимая въ дѣлѣ примѣненія правилъ новыхъ, неизвѣстныхъ до той поры папамъ.

Имѣется еще въ источникахъ указаніе на случай примѣненія remedium'a spolii папой Николаемъ I, въ 866 году (см. Mansi—cit. XV, с. 743), гдѣ папа въ своемъ рѣшеніи предписываетъ возстановить въ прежнее состояніе епископа Эбона и *другихъ клириковъ*, замѣчая по этому поводу, что эти лица

«Ante omnia pristinis gradibus et ordinibus et quodammodo suis omnibus revestiti, vires adversus impetentes se integras habeant. Non enim inermis cum armato rite conflictum inire poterit».

Интересно отмѣтить здѣсь примѣненіе папой remedium'a spolii не только въ защиту интересовъ епископа, но равнымъ образомъ и духовенства иного званія.

Наконецъ, тотъ же папа Николай I дѣлаетъ примѣненіе remedium'a spolii въ извѣстномъ дѣлѣ о разводѣ Лотаря II съ его женой Tietberga. По этому поводу папа писалъ въ 867 году королю Карлу Лысому (Iaffé—Regesta p. 253 c. 2174):

— «Praeterea sive de conjugii foedere, sive de adulterii crimine judicium sit agitandum, nulla ratio patitur Teutbergam cum Lothario posse legalem inire conflictum,

---

[1]) Ср. Hinschius—cit. стр. CCVII; Richter—cit. стр. 96 пр. 18; стр. 118 пр. 45.

vel legitimum controversiae subire certamen, nisi prius ad tempus fuerit suae potestati reddita et consanguineis propriis libere sociata [1])

Уже Брунсъ (cit. S. 162), слѣдуя глоссѣ къ Декрету Граціана, объясняетъ такой случай примѣненія папой remedium'a spolii тѣмъ, что здѣсь Николай I разсматривалъ лишеніе свободы (плѣнъ) Титберги, какъ случай spoliatio libertatis.

Самая ratio, мотивъ примѣненія въ данномъ случаѣ remedium'a spolii остается та же, что и въ остальныхъ нормальныхъ, такъ сказать, случаяхъ примѣненія послѣдняго. Уравненіе положенія обѣихъ тяжущихся сторонъ на время процесса путемъ освобожденія одной изъ нихъ отъ притѣсненій со стороны противника, проявленныхъ послѣднимъ передъ тяжбой,—съ одной стороны, съ другой стороны,—предоставленіе каждому тяжущемуся возможности свободно располагать своимъ имуществомъ и спокойно подготовлять свои силы къ предстоящей тяжбѣ—такова цѣль папы, цѣль, которая, будучи вполнѣ согласующейся съ знаменитыми словами папы Дамазія, была, какъ мы уже говорили, Leitmotiv'омъ примѣненія remedium'a spolii [2]).

Что касается объекта предписанной здѣсь папой реституціи, то онъ ясно указанъ самимъ Николаемъ I:—личная свобода какъ таковая—«propriae potestati reddita, propriae libertati committi".

Относительно примѣненія здѣсь папой крайне распространительнаго толкованіи понятія spolium мы должны вспомнить, какъ обширно толковалось это понятіе самимъ Лжи-Исидоромъ, который признавалъ за spolium на ряду съ двумя основными случаями—именно отнятія вещи или лишенія права, еще и самовольное задержаніе лица, препятствующее послѣднему осуществлять свои права. Равно и глосса

---

[1]) Mansi-- Concil. collect. XV, col. 320. Граціанъ помѣстилъ этотъ отрывокъ въ can. VI, озаглавивъ его: Nycolaus Papa Karolo regi.

[2]) Сравн. Mansi XV, col. 320—„Propria igitur libertati committi, et ab omni oppressione ac potestate ipsius cum quo initur conflictus, oportet liberari; atque in suis licenter (liberaliter?) uti et suspectas personas convenit declinare, quae se ab objectis ostendere cupit immunem".

(къ Декрету Граціана) замѣчаетъ по поводу нашего случая, что Титберга, «spoliata erat quadam libertate: quia compulsa fuerat contra se confiteri». Необходимо отмѣтить, съ одной стороны, съ какимъ стараніемъ въ эту эпоху, подъ вліяніемъ германскихъ идей, стремились возможно болѣе уравнять положеніе тяжущихся въ процессѣ, а съ другой—на сколько велика была въ это время власть мужа надъ женой. Послѣдняя, оставаясь подъ властью своего супруга, не могла, очевидно, ни покойно и успѣшно подготовиться къ процессу о дѣйствительности брачнаго ихъ союза—«de conjugii foedere legalem inire conflictum», ни приступить къ рѣшенію дѣла „судомъ Божіимъ"—посредствомъ судебнаго поединка (monomachia).

Въ этомъ отношеніи, въ цѣляхъ уравненія положенія тяжущихся въ процессѣ—этого основного правила тогдашняго судопроизводства, мужъ вчиная искъ о дѣйствительности своего брака, или обвиняя жену въ прелюбодѣяніи, былъ обязанъ предоставить своей женѣ полную свободу дѣйствій, какъ если-бы уже ихъ брачныхъ узъ болѣе не существовало. Съ другой стороны, желаніе настаивать на осуществленіи своихъ правъ мужа надъ женою уже послѣ возбужденія дѣла или предъявленія обвиненія противъ жены въ нарушеніи супружеской вѣрности, составляло даже безъ проявленія непосредственныхъ актовъ насилія надъ женою, само по себѣ spolium, и давало болѣе чѣмъ достаточное основаніе какъ судьѣ выступить ex officio для возстановленія личной свободы жены ранѣе обсужденія самой тяжбы супруговъ, такъ и женѣ предъявить remedium spolii еще in limine litis въ случаѣ, если почему-либо судья не осуществилъ ex officio этого rem. spolii.

Замѣстившій Николая I папа Адріанъ II вмѣшался въ споръ епископа Реймскаго Инкмара съ племянникомъ Инкмара епископомъ Лаонскимъ (Laudunensis). Этотъ послѣдній былъ лишенъ сана и неоднократно вызывался въ судъ въ синодъ за разныя преступленія, но всегда отказывался идти на судъ и отвѣчать, заявляя: «spoliatus sum omnibus rebus et facultibus meis, et ideo nihil in hoc synodo respodebo» (Mansi—Concil. Collect. XVI, c. 662), и высказывалъ желаніе

сперва апеллировать папѣ на лишеніе сана, а потомъ уже явиться на судъ синода.

Папа призналъ эти требованія епископа Лаонскаго основательными и предписалъ, чтобы ему позволено было явиться въ Римъ и чтобы онъ за это время былъ возстановленъ въ прежнемъ состояніи [1]). Епископы Франціи однако не подчинились этому предписанію Адріана II. Тогда папа далъ вторичное посланіе, требуя, если не возстановленія отвѣтчика въ прежнемъ санѣ, то хотя бы пересмотра его дѣла [2]). Но епископы и Карлъ Лысый не послушались и этого второго папскаго посланія, и достигли того, что позднѣе папа Іоаннъ VIII одобрилъ ихъ приговоръ [3]).

Должно замѣтить, что въ этомъ дѣлѣ и папа требуетъ соблюденія remedium'a spolii, да и французскіе епископы, собственно говоря, не оспариваютъ послѣдняго, а просто лишь настаиваютъ на своемъ рѣшеніи, указывая, что они лишили виновнаго епископа его сана законнымъ порядкомъ и никакой spoliatio не совершали (ср. Goecke—cit. стр. 74—75).

Тотъ же Адріанъ II по поводу жалобы *священника* Эрлефрида (Herlefridus presbyer) на епископа Эрпуина (Erpuinus), лишившаго просителя сана и мѣста, обратился съ посланіемъ къ Карлу Лысому, предписывая ему разобрать это дѣло на провинціальномъ синодѣ, подъ предсѣдательствомъ Инкмара архіепископа Реймскаго. Какъ видно изъ посланія, папа убѣждаетъ Карла или озаботиться о немедленномъ возстановленіи споліата, т. е. Эрлефрида, согласно правиламъ святыхъ каноновъ (т. е. Лже-Исидорова сборника, на который здѣсь прямо сдѣлана папой ссылка), или же понудить епископа Эрпуина послать къ папѣ легата для подробнаго ознакомленія, почему здѣсь епископъ не примѣнилъ правилъ о restitutio spoliatorum. Это послѣднее *дополнительное* къ первому предписаніе Адріана вѣрнѣе всего было вызвано тѣмъ обстоятельствомъ, что епископы Франціи стали

---

[1]) Mansi—cit. XV, col. 852.

[2]) Mansi—cit. XVI, c. 719—„non tamen eo prius in gradu restituto".

[3]) Mansi—cit XVII, col. 226.

не подчиняться указамъ папъ о restitutio spoliatorum, какъ, напр., это видно изъ приведеннаго мною выше посланія того же папы Адріана II къ Карлу Лысому по дѣлу епископа Лаонскаго Инкмара (*Mansi*—Concil. Coll. XV, col. 852 и XVI, col. 719). Такимъ образомъ изъ этихъ посланій Адріана II явствуетъ, что теперь папы признаютъ правило о restitutio spoliatorum, а не желаютъ его примѣнять епископы Франціи [1]).

Въ Decretum Gratiani (c. 3, C. III, qu II) имѣется слѣдующій отрывокъ посланія папы Стефана V.[2])

«Oportet, ut primum vos tam de invasis civitatibus et monasteriis, et mansis, quamque et de reliquis generaliter rebus reinvestire faciatis, quia nec nudi contendere nec inermes inimicis nos debemus obponere».

Въ 916 году мѣстный Альтхеймскій (Altheimensis) соборъ помѣстилъ, въ числѣ своихъ постановленій, отрывокъ изъ посланій папы Фабіана (Лже-Фабіана) Лже-Исидорова сборника, начинающійся словами: «Nulla enim permittit ratio etc» [3]).

Равнымъ образомъ примѣненіе remedium'a spolii видимъ мы въ дѣлѣ Арнульфа,, архіепископа Реймскаго, происходившемъ около 999 или 1000 года. Арнульфъ былъ обвиненъ въ государственной измѣнѣ (perduellio) и вызванъ въ судъ на мѣстный соборъ. На этомъ послѣднемъ сторонники обвиняемаго привели рядъ соображеній въ его пользу. Они между прочимъ указывали, что у него отнята епископія, ссылаясь при этомъ на рядъ цитатъ изъ Лже-Исидоровыхъ

---

[1]) „Aut praesentialiter huic Herlefrido presbytero suam ecclesiam cum omnibus suis, usque ad tempus provincialis synodi hanc libere possessuro, pro tempore quod sacri canones definiere, solemniter reddere faciatis, aut Erpuinum episcopum suum legatum nobis qui haec plenius veriusque renuntiat, praesentialiter mittere cogatis: quatenus luce clarior cuncta noverimus, sciamus in quem apostolicae animadversionis sententiam proferamus“ (Mansi—concil. coll. XV c. 837)

[2]) Или Стефана VI, если считать «Papam quadriduanum»—Стефана II, (752 г.) ср. Jaffe—Regesta, p. 297, c. 2657.

[3]) Pertz—Monumenta German. t. VI (leg. II) p. 557, c. 14—«de expoiato episcopo».

декреталій. Соборъ, не разсматривая по существу юридической стороны этихъ заявленій, рѣшилъ дѣло не въ пользу Арнульфа и лишилъ его сана. Папскій легатъ объявилъ это низложеніе не имѣющимъ силы. Дѣло перешло въ другой помѣстный соборъ. Но и новый соборъ подтвердилъ прежнее постановленіе, отвѣтивъ на представленныя возраженія слѣдующее:

«Sed inquit emulus; non potuit dijudicari; ecclesiam reciperet, suis viribus resumptis, suisque diu retentis amicis, ad judicium provocetur Quidnam est armatus a tirannide removeri? Immo non aliter quam spoliatus potuit dijudicari. Sed aeque tirannus armis circumspectus nunquam ad judicium potuit adduci. Quid est autem ecclesiae receptio, virium resumptio, amicorum retentio, nisi in reges nostros tirannidis extinctae resuscitatio, injuriarum ultio, malorum sublevatio, bonorum omnium oppressio?» [1])

Здѣсь указаніе на необходимость примѣненія такого remedium'a spolii идетъ непосредственно отъ *самихъ судей*, именно отъ сторонниковъ обвиняемаго—епископовъ, членовъ Реймскаго собора, разсматривающаго это дѣло, т. е. именно возбуждается ex officio. [2])

Прочіе епископы возражали противъ возможности реституціи по соображеніямъ политическаго свойства. Позднѣе однако Арнульфъ папой былъ возстановленъ въ прежнее состояніе по тому соображенію, что его низложеніе совершено было безъ согласія папы [3]).

Александръ II (1061—1067 г.) писалъ Реймскому архіепископу [4]), обращая его вниманіе на фактъ лишенія аббатиссы ея прерогативъ безъ суда и слѣдствія и предписывая

---

[1]) Pertz—Monum. German. V, p. 692.

[2]) Сравн. такіе же случаи примѣненія remed. spolii какъ officium'a judicis, С. Никоновъ—Развитіе защиты владѣнія... стр. 94—посланіе папы Александра II; стр. 90—91—письмо папы Григорія VII; стр. 96—письмо того же папы; стр. 97—посланіе папы Пасхалія II и др.

[3]) Ср. Goecke—cit. стр. 77.

[4]) Mansi—Concil. Coll. XIX col. 955. Alex. II. epist. 17.

возстановить ее въ прежнемъ состояніи до разбора дѣла по существу [1]).

Здѣсь снова видимъ мы примѣненіе remedium'a spolii къ лицамъ духовнаго званія, и не имѣющимъ сана епископа.

Тотъ же папа въ 1071 году (см. Iaffe—Regesta p. 397 c. 3465), въ посланіи къ Вильгельму королю Англійскому не признаетъ правильнымъ низложеніе епископа Альрика, замѣчая по этому поводу:—

„Ideoque, sicut in canonibus cautum est, in pristinum locum debere restitui judicavimus. Déinde causam ejus juxta censuram canonicae traditionis diligenter retractandam et definiendam praedicto fratri nostri archiepiscopo Lanfranco commisimus“ [2]).

Въ посланіи Григорія VII епископу Пражскому, отъ 1074 г., мы читаемъ такое же предписаніе о возстановленіи Моравскому епископу status quo, нарушеннаго до суда надъ послѣднимъ [3]).

Тотъ же папа написалъ, въ 1076 г., письмо къ Генриху IV, который незадолго передъ этимъ посадилъ въ тюрьму нѣсколькихъ епископовъ, составившихъ заговоръ съ цѣлью низложить этого императора съ престола. Въ письмѣ своемъ Григорій VII обращается къ Генриху IV съ требованіемъ освободить этихъ епископовъ и возстановить ихъ въ прежъ-

---

[1]) «Proclamatio delata est sanctae apostolicae sedi, quod abbatissa Laudunensis, monasterii scilicet sancti Ioannis, sine Canonica audientia et judicio episcopi sui, a regimine suo ejiciatur. Quod nimirum quia canonicis institutionibus omnino videtur esse contrarirum, admonimus confratrem nostrum Elinandum Laudunensem episcopum, ut hanc causam diligenter discutiat atque canonice diffiniat. Ita tamen, ut eadem abbatissa, priusquam discussio fiat, regimini suo, sicut sacri canones praecipiunt, restituatur».

[2]) Mansi—cit. XIX. c. 950.

[3]) Mansi—cit. XX, c. 142; Iaffe—Regesta p. 413 c. 3638:

„Praecipimus... ut castrum quod tam fraudulenter cepisti, et alia omnia quae in lite sunt, praefato Moravensi episcopo reddas, et tu ad diffiniendam causam (sicut statutum est) aut ipse Romam venias, aut idoneas legatos mittas; atque hoc ita tempestive Moravensi episcopo notifices, quatenus et ipse pariter se, vel legatos suos ad iter praeparare valeat“.

немъ состояніи, чтобы судъ надъ ними совершенъ былъ при нормальныхъ условіяхъ: [1]).

Въ 1079 г. Григорій VII (Iaffe—cit p. 431 c. 3846) пишетъ аббату монастыря св. Севера, отнявшему церковь у аббата Св. Креста, о томъ, чтобы они разобрали свой споръ законнымъ порядкомъ, съ возстановленіемъ ранѣе всего status quo каждому [2]):

«Attamen interim, ut illam possessionem scilicet ecclesiam S. Mariae de Solaco, de qua lis inter vos orta est, abbatiae sanctae Crucis ex integro restituas, apostolica auctoritate praecipimus, et ut quiete donec ad judicium veniat possidere permittas ex parte beati Petri jubendo monemus.» При этомъ дается имъ такая ratio своего рѣшенія:—„Indignum quippe est, et canonicis institutis nimis alienum ducimus, causam quae ventilanda est ad examen debere deduci, nisi de rebus in lite positis ille qui vim patitur prius fuerit revestitus».

Въ томъ же году (Iaffé—cit. p. 432, c. 3866) Григорій VII предписываетъ двумъ прелатамъ, по поводу замѣщенія аббата другимъ за время отсутствія перваго, возстановить споліата въ прежнемъ состояніи [3]):

«Ut ea bona sua quibus expoliatus est, (аббатъ) expulso invasore illo restitui faciatis. Qui tamen post quam de his quae perdidit, fuerit pleniter investitus, si quid contra illum habet aliquis, paratus erit in nostro judicio respondere» [4]).

---

[1]) «Ut episcopos a captivitate dimissos, ecclesiis bonisque suis integre restitutis, remitteret, orabat, et post haec concilium in loco quo venire posset apostolicus congregaret, ubi episcopi vel, si digni essent, episcopalem perderent dignitatem, vel injuriarum, quas erant passi, canonicam reciperent satisfactionem». Pertz—Mon. Germ. VII, p. 351; Iaffe—Regesta p. 430, c. 3790».

[2]) Mansi—cit. XX, 276; Epist. Gregor. VII, ep. 25.

[3]) Pertz—Mon. Germ. X; Hugonis chronicon. p. 450.

[4]) См. еще Mansi—cit. XX, 276, посланіе Григорія VII къ епископу Угону.

Тотъ же папа Григорій VII писалъ Роберту графу Фландрскому по поводу низложенія одного епископа:—

«Itaque praecipimus, ut congregato concilio causam ipsius episcopi diligentius eventilare procurent: et si quidem juste depositus fuisse comprobatus fuerit, acquiescens, saniori concilio cesset: sin autem vel omnino injuste vel praepropere addictus esse patuerit, rebus et honore suo recepto, instauretur, deinde canonice, si qua sibi fuerint obiecta, respondeat». (Mansi—Conc. Coll. XX, c. 36. Gregor. VII Ep. lib. IX, ep. 33).

Гонорій II, (около 1126—1127 г. ср. Iaffe—Regesta p. 554 c. 5250), упрекая Адальберта архіепископа Майнцкаго за то, что онъ отлучилъ отъ церкви и изгналъ безъ суда Гебарда епископа Вюрцбургскаго, писалъ между прочимъ (Mansi—cit XX Col. 349):

«Quod si ita est, fraternitatem vestram a canonicis regulis divinitus inspiratis liquido constat deviasse. Ait igitur sacra canonum auctoritas adimi episcopo episcopatum non debere, antequam causae ejus exitus appareat.»—

Въ 1117 году папа Пасхалій II въ посланіи къ королю Англійскому Генриху пишетъ (Mansi—cit. XX, 1012):—

«Audivimus electum Eboracensem, virum sapientem et strenuum, sine judicio ab Eboracensi ecclesia sequestratum. quod nimirum divinae justitiae, et sanctorum patrum institutionibus adversatur... Idem ergo electus, ut justitia exigit, ad suam ecclesiam omnimodis revocetur. Si quid autem quaestionis inter easdem ecclesias nascitur, praesentibus utriusque partibus in nostra praesentia pertractetur.»

Въ 1118 году тотъ же папа указываетъ Конраду архіепископу Зальцбургскому произвести изслѣдованіе по вопросу, былъ ли одинъ аббатъ canonice dejectus изъ своего монастыря; причемъ въ случаѣ, если deiectio такая дѣйствительно имѣла мѣсто, предписываетъ, чтобы „abbas ipse secundum litterarum nostrarum tenorem supradicto monasterio restituatur, et competenti, sine retractatione temporis, termino coram vestra et fratrum nostrorum praesentia canonice judicetur.“ (Mansi—cit. XXI, Col. 418).

Изъ приведенныхъ нами примѣровъ ясно видно, что папы, начиная съ Николая I, постоянно и неуклонно примѣняютъ на практикѣ постановленія Лже-Исидоровыхъ декреталій касательно remedium'a spoiii, какъ процессуальной привиллегіи епископовъ въ дѣлѣ охраненія ихъ отъ насилій и самоуправства. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако папы умѣло воспользовались указаннымъ нами выше намекомъ Лже-Исидора о желательности распространенія этой защиты status quo съ епископовъ и на другихъ клириковъ болѣе низкихъ степеней, и въ цѣломъ рядѣ своихъ посланій дѣйствительно стали примѣнять эту привилегію въ защиту не только епископовъ, но равно аббатовъ, монаховъ, монахинь, священниковъ и другихъ лицъ бѣлаго и чернаго духовенства, даже иногда и мірянъ, при условіи, чтобы былъ доказанъ фактъ ихъ spoliatio [1]). Этимъ въ значительной мѣрѣ ослаблено было, ими значеніе remedium'a spolii, какъ привилегіи политическаго характера.

Вмѣстѣ съ тѣмъ институтъ этотъ удерживаетъ свой прежній характеръ officium'a judicis. Большинство цитованныхъ источниковъ представляютъ собою посланія папъ или высшихъ духовныхъ властей къ судьямъ, къ князьямъ церкви, или наконецъ, къ суверенамъ или свѣтскимъ князьямъ, съ предложеніемъ имъ выступать ex officio для реституціи споліата ранѣе, чѣмъ соберется синодъ или начнется судъ надъ нимъ.

Основаніемъ примѣненія remedium'a spolii остается по прежнему тотъ принципъ, что юридическое и имущественное положеніе обвиняемаго должны быть, прежде начатія дѣло въ судѣ, приведены въ ихъ нормальное состояніе, какъ по отношенію къ суду, который не долженъ допускать чтобы executio—исполненіе рѣшенія—предшествовало самому рѣшенію, — а равно и въ отношеніи къ истцу, который не долженъ вчинать дѣла при неблагопріятныхъ для противника фактическихъ условіяхъ, нарушающихъ принципъ равенства сторонъ въ процессѣ. Дѣйствительно, во многихъ приведенныхъ выше мѣстахъ источниковъ встрѣчаемся мы

---

[1]) Ср. Gocke—cit. p. 81.

съ примѣненіемъ правила, придписаннаго Лже-Исидоровыми Декреталіями папѣ Дамазію. [1]) Въ письмѣ Пасхалія II отъ 1115 г. предписывается restitutio епископа потому, что онъ былъ изгнанъ nullo praeeunte judicio; въ письмѣ того же папы отъ 1107 г. такое же предписаніе мотивируется тѣмъ, что секвестрація отвѣтчика произведена sine judicio. Гонорій II снова пользуется старымъ мотивомъ «adimi episcopo episcopatum antequam causae ejus etc:», т. е. именно традиціонной формой выраженія принципа, что executio не должно предшествовать judicium'y. Наконецъ, во всѣхъ случаяхъ, гдѣ spolium совершала та самая власть, которая должна была и вершить judicium (письмо Гонорія II), ясно, что возстановленіе споліата въ прежнемъ состояніи должно было основываться главнымъ образомъ на томъ же болѣе раннемъ по времени правилѣ. Новое начало, обобщающее, такъ сказать, въ себѣ оба прежніе мотива примѣненія remedium'a spolii, указано въ письмѣ Григорія VII 1079 г., гдѣ говорится— «Indignum quippe est et canonicis institutis nimis alienum ducimus, causam, quae ventilanda est ad examen debere deduci nisi de rebus in lite positis ille qui vim patitur prius fuerit revestitus».

Здѣсь такимъ образомъ впервые точно выставляются соображенія общественнаго порядка вынуждающія требовать во всякомъ случаѣ и обязательно уничтоженія ненормальнаго положенія вещей, явившагося результатомъ насилія (spolium), и что еще болѣе важно для насъ, наблюдается крайне важное сближеніе его съ основными мотивами старыхъ римскихъ средствъ борьбы противъ vis, такъ какъ слова папы совершенно согласуются съ содержаніемъ Unde vi. Вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо замѣтить, что папа, не уклоняясь отъ процессуальной точки зрѣнія, дѣлаетъ переходъ къ античнымъ средствамъ поссессорной защиты; но совершаетъ это онъ, руководствуясь не соображеніями защиты владѣнія, но именно стремясь къ борьбѣ противъ violentia; и это по различнымъ соображеніямъ. Прежде всего уже

---

[1]) Наприм. въ посланіяхъ Николая I, по дѣламъ Ротада и Эбона, въ дѣлѣ Титберги, у папы Стефана VI въ его письмахъ и др.

потому, что въ римскихъ int. de vi идея борьбы противъ vis первенствовала надъ идеей защиты владѣнія; затѣмъ потому, что въ случаѣ, имѣвшемся въ виду Григоріемъ VII, и при spolium'ѣ имѣвшемъ форму violenta dejectio, положеніе вещей, когда папа примѣнялъ remed. spolii, было тождественно со случаями, въ защиту которыхъ былъ созданъ int. de vi. Наконецъ, и главнымъ образомъ потому, что понятіе насилія, которое нарушало принципъ равенства сторонъ въ процессѣ и создавало такое положеніе вещей, когда рѣшенію судьи предшествовало то, что должно было являться его эвентуальнымъ слѣдствіемъ (executio), менѣе удалялось по идеѣ своей, чѣмъ защита владѣнія, отъ указанной процессуальной точки зрѣнія, которая осталась на всегда душой всего нашего института. Это подтверждается, наконецъ, и тѣмъ фактомъ, что spolium не давало основанія примѣненію нашего remedium'а, гдѣ съ этимъ spolium'омъ не связывалось возбужденіе обвиненія противъ споліата со стороны насильника или третьихъ лицъ.

Что касается объектовъ защиты, то здѣсь мы не видимъ существенныхъ новшествъ сравнительно съ правилами Лже-Исидорова сборника. Въ большинствѣ источниковъ еще по прежнему говорится о возстановленіи споліату его sedes, собственности или пользованія имуществомъ или правами, съ нимъ связанными. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ впрочемъ уже имѣются указанія на restitutio отдѣльныхъ вещей. Такъ въ письмѣ Инкмара сказано: quibusdam facultatibus, въ посланіи Григорія VII отъ 1074 г.—castrum et alia omnia quae in lite sunt; въ первомъ посланіи того же папы отъ 1079 г.—«illam possessionem scilicet ecclesiam sanctae Mariae etc». Однако случаи такого рода слѣдуетъ разсматривать какъ исключительные, въ виду незначительнаго число ихъ сравнительно съ массой случаевъ противоположнаго характера [1]).

[1]) Такъ наприм. Калликстъ II-й въ 1120 году пишетъ епископу, отнявшему насильно у нѣкоторыхъ клириковъ praedium—„praecipimus igitur dilectioni vestrae, ut ejus aut praedium ipsum in pace et quiete reddatis aut si quid in eo jure habere confiditis, oportuno loco et tempore ad exequendam justitiam veniatis“ (Iaffe—Regesta p. 532 c. 4973). Папа Евгеній III въ 1151 предписалъ епископу, отнявшему въ гнѣвѣ на одного

Причину этого, думается намъ, слѣдуетъ искать главнымъ образомъ, въ особенныхъ свойствахъ тѣхъ дѣлъ, разрѣшеніе которыхъ доходило въ приведенныхъ нами выше случаяхъ до верховной власти церкви католической—папъ. Всюду здѣсь положеніе таково: епископъ или (рѣже) лицо иного званія, обвиняемое въ тѣхъ или иныхъ проступкахъ, до разбора дѣла по существу лишается и своего званія, и своего имущества, часто даже утрачиваетъ и свободу, словомъ, становится дѣйствительно nudatus et inermis передъ своими обвинителями. Поэтому и преимущественной задачей папъ въ ихъ посланіяхъ въ этихъ случаяхъ является не забота о возвращеніи отдѣльныхъ вещей изъ имущества лица, потерпѣвшаго spolium, но именно возстановленіе его въ прежнемъ санѣ и званіи и въ возвращеніи ему тѣхъ матеріальныхъ благъ во всей ихъ совокупности, каковыя являлись въ данномъ случаѣ результатомъ облеченія споліата въ извѣстное духовное званіе.

аббата и его монаховъ contra justitiam и удержавшему per violentiam ихъ церковъ:

„—Si eorum querimonia veritate innititur, aut ecclesiam suam memorato abbati et fratribus ejus in pace restituas, aut in praesentia venerabili fratris nostri Hugonis, Senonensis archiepiscopi, exinde justitiam facias“ (Mansi—Conc. Coll. XXI, col. 661; Jaffe'—Regesta p. 642 c. 6556)

Расширеніе области примѣненія remedium'a spolii съ XII вѣка; exceptio spolii.

Разсматривая довольно многочисленныя (хотя въ общемъ и однообразныя по содержанію) мѣста Граціанова сборника, трактующія о remedium'ѣ spolii, необходимо должно признать, что Граціанъ здѣсь почти исключительно ограничивается заимствованіемъ правилъ ad hoc изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій. Онъ не измѣняетъ сущности разсматриваемаго института, основныя свойства котораго, какъ officium'a judicis, онъ ясно подчеркиваетъ въ примѣчаніи къ can. 2, caus. III, quaest. 1 своего декрета:—

«Sed notandum est, quod restutionis sententia sola non sufficit, nisi presentialiter omnia *judicis officio restituantur,* ut ejectus vel expoliatus etiam naturalem possessionem recipiat etc».

При этомъ Граціанъ пошелъ нѣсколько далѣе Лже-Исидора въ стремленіи ограничить примѣненіе этого remedium'a spolii лишь кругомъ однихъ епископовъ, потерпѣвшихъ насиліе ранѣе постановленія приговора по обвиненію ихъ въ преступленіяхъ. Слѣдуетъ оговориться, что это мнѣніе противорѣчитъ господствующимъ въ литературѣ [1]), со-

[1]) См. Bruns—cit. стр. 166; Goecke—cit. стр. 86. Брунсъ указывая здѣсь на общность опредѣленія c. I. C. II, qu 2, полагаетъ, что оно давало поводъ относить exc. spolii и къ дѣламъ гражданскимъ; причемъ не оставалось никакого основанія не брать всего опредѣленія въ общемъ видѣ, а относить его лишь къ епископамъ. Гёке, не рѣшаясь высказать опредѣленнаго мнѣнія по данному вопросу, тѣмъ не менѣе полагаетъ, что Граціанъ относилъ exceptio spolii только къ епископамъ или по крайней мѣрѣ къ клирикамъ.

гласно которымъ видятъ у Граціана стремленіе расширить область примѣненія remedium'a spolii на *всѣхъ* клириковъ вообще. Думается намъ, это не находитъ себѣ подтвержденія въ текстѣ Граціанова сборника. Въ то время какъ Лже-Исидоръ довольно ясно, какъ мы видѣли выше, намекнулъ, на *возможность* такого распространительнаго примѣненія remedium'a spolii, Граціанъ всюду допускаетъ примѣненіе послѣдняго только къ епископамъ [1]). Лишь въ двухъ мѣстахъ говорится о примѣненіи этого правила *вообще*, безъ означенія субъекта [2]); но и здѣсь таковымъ подразумѣвается тоже епископъ, какъ это ясно видно изъ текста самой «Causa», разрѣшаемой здѣсь Граціаномъ: [3])—

> «Quidam *episcopus* de lapsu carnis a laico inpeditur; duo monachi, unus subdiaconus et duo Levitae adversus ipsum testimonium ferunt, a metropolitano suo sentit se pregravari... expoliatur tamen episcopus, quia crimen ejus notorium erat».

Наконецъ, доказательствомъ противъ желанія Граціана обобщить смыслъ указанныхъ мѣстъ, въ цѣляхъ допущенія remedium'a spolii и для другихъ лицъ духовнаго сана, кромѣ епископовъ, является dictum самаго Граціана въ концѣ can. VI, Caus. III, quaest. I, гдѣ авторъ, по поводу restitutio spoliatorum, говоритъ объ обязательномъ соблюденіи этого правила именно въ отношеніи лишь епископовъ:

---

[1]) Ср. напр. *Caus. 2 quaest. 2* can. 3; (nullus episcoporum); can. 4 (quosdam episcopos). can 6 (decernentes episcopos) *Causa 3 quaest. 1 can.* 1 (episcopis rebus suis expoliatis), can. 2 (episcopus): can. 3 и 4 (Redintegranda... episcopis). *Caus. 3, quaest. 2* can. 2 (ecclesiae alicuius episcopi). Can. 4 (episcopos a civitatibus propriis pulsos) can. 8 (episcopus). Самъ Граціанъ излагаетъ *Causa II,* такимъ образомъ (ed. Friedberg 1879 p. 438)— „Quidam *episcopus* de lapsu carnis a laico inpeditur... expoliatur tamen *episcopus* quia crimen ejus notorium erat". *Causa III* изложена Граціаномъ слѣд. образомъ (ed. Friedberg p. 504): „Quidam *episcopus* a propria sede dejectus est, petit restitui". Здѣсь же въ dictum Gratiani ad. can. 6 читаемъ— „Illi ergo quorum electio vitiosa est, vel qui a clero non sunt electi... non sunt habendi inter *episcopos*". (См. еще dictum ad. Can. 8 Caus. III, quaest. 2 и др.).

[2]) Caus. 2, qu. 2, c. 1, 2.

[3]) Decret. Grat. pars. II. Causa 2 (см. стр. 438 изд. Friedberg).

«Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter restituendi, antequam ad causam sint vocandi. Sed obicitur, ubi non fuit legitima institucio, ibi non potest esse restitucio. Non enim probatur destitutus qui prius non fuit institutus, ac per hoc nec restaurationem postulare potest. Illi ergo, quorum electio vitiosa est, vel qui a clero non sunt electi, vel a populo expetiti, vel qui per symoniam irrepserunt, non sunt habendi *inter episcopos*, et ideo, si a sedibus, quas tenere videbantur, expulsi fuerint, non possunt restitutionem petere ante, quam vocentur ad causam. Unde supra in tractatu ordinandorum: «Si quis pecunia vel gratia humana, seu populari vel militari etc» (т. е. правило Николая II касательно симонистовъ). *Sed hoc in eo tantum casu intelligitur, quo apostolica sedes per violentian occupatur*, quo casu judex non invenitur, cujus officio ille apostaticus possit excludi. *In aliis autem locum non habet*, cum violenta possessio, nisi per judicis sententiam, violento detentori detrahi non possit. Si autem verus dominus, bello non continuato, sed renovato, vi eum ejecerit de possessione, judicis auctoriate predoni possessionem restituet. Si ergo *episcopi* a sedibus, quas quoquo modo tenere videbantur, non per judicem, sed violenter ejecti fuerint, post ejectionem restituendi sunt ante regularem ad synodum vocationem».

Изъ приведенной цитаты мы видимъ равнымъ образомъ, что Граціанъ даетъ remedium spolii епископамъ, не обращая вниманія на тотъ способъ, которымъ они сами пріобрѣли свои епархіи. Онъ признаетъ для примѣненія указанной привилегіи достаточнымъ наличности одного факта spoliationis обвиняемаго епископа.

Въ пользу нашего мнѣнія говоритъ равнымъ образомъ и то обстоятельство, что и въ отношеніи природы исковъ, возбуждаемыхъ противъ споліата, лишь противъ которыхъ допускалось remed. spolii, Граціанъ вернулся къ первоначальному ученію Лже-Исидора, согласно которому remed. spolii могло имѣть мѣсто только въ случаѣ предъявленія противъ споліата иска въ порядкѣ *уголовномъ*.

Не слѣдуетъ однако думать, что этимъ Граціанъ преобразовалъ разсматриваемый институтъ изъ привилегіи спо-

ліированныхъ епископовъ, вызываемыхъ на судъ, въ средство поссессорной защиты въ собственномъ смыслѣ слова. Я уже указывалъ выше, что въ этомъ отношеніи Граціанъ оказался болѣе строгимъ въ условіи примѣненія remedium'a spolii, чѣмъ самъ Лже-Исидоръ. Всюду, въ своихъ декреталіяхъ, Граціанъ говоритъ исключительно о возстановленіи епископа въ его sedes episcopalis, со всѣмъ имуществомъ и правами, съ епископіей связанными, предписывая въ то же время примѣненіе ex officio remedium'a spolii въ томъ лишь случаѣ, когда такой сполiированный епископъ привлекался «nudatus et inermis», къ суду по обвиненію его въ уголовныхъ проступкахъ.

Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что въ этомъ послѣднемъ отношеніи нѣкоторое сомнѣніе можетъ возбудить C. Ш. Caus. 3, quaest. 1, мѣсто реципированное цѣликомъ изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій—знаменитый канонъ «Redintegranda», въ которомъ однако Граціанъ исключилъ послѣднюю фразу („ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum et reliqua"). Благодаря этому, имѣется основаніе предположить у Граціана желаніе такимъ путемъ допустить охрану status quo за епископами въ тѣхъ случаяхъ, когда ихъ и не вызываютъ [1]) на судъ уголовный отвѣтчиками. Противъ такого предположенія говоритъ, съ одной стороны, текстъ, can. 1 и 2 той же Caus. Ш, quaest. 1, гдѣ условіемъ примѣненія remedium'a spolii выставляется «crimen obiicere», а съ другой стороны, поясненіе самого Граціана къ разсматриваемымъ тремъ канонамъ, въ которомъ онъ заявляетъ:

> «Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter restituendi, antequam ad causam sint vocandi... post ejectionem restituendi sunt ante regularem ad synodum vocationem [2]).

Брунсъ пошелъ впрочемъ еще далѣе [3]). Указывая на то, что ученіе о remedium'ѣ spolii помѣщено Граціаномъ въ

[1]) Ср. Bruns—cit. стр. 165.
[2]) Ср. еще dictum Gratiani послѣ can. IV Caus. V, quaest. 2.
[3]) Bruns—cit. стр. 164. слѣд.

двухъ различныхъ мѣстахъ его сборника, именно въ Caus. 2 и 3, онъ утверждаетъ, что это было сдѣлано Граціаномъ въ цѣляхъ отдѣленія exceptio spolii отъ иска о возвращеніи вещи, причемъ первому институту посвящены правила caus. 2, а иску Redintegranda—caus, 3 [1]). Произвольность такого толкованія, не говоря уже объ отсутствіи данныхъ на то въ содержаніи трактующихъ о remedium'ѣ spolii каноновъ, очевидна между прочимъ изъ того обстоятельства, что Граціанъ и не думалъ помѣщать правила о remedium spolii въ *двухъ* мѣстахъ, какъ утверждаетъ Bruns. Напротивъ, о remedium spolii говорится въ декретѣ Граціана въ *четырехъ* мѣстахъ, именно, кромѣ Caus. 2, quaest. 2 и Caus. 3, quaest. 1, еще въ Caus. 3 quaest. 2 и Caus. 5, quaest. 2, гдѣ равнымъ образомъ повторяются правила о необходимости воз-

---

[1]) Правда, на стр. 165—166 Брунсъ замѣчаетъ, что сдѣланное Граціаномъ раздѣленіе обѣихъ quaestiones трудно понять иначе, какъ въ томъ смыслѣ, что въ одной идетъ рѣчь объ отлагательномъ возраженіи, а въ другой *о самостоятельномъ* искѣ о возстановленіи владѣнія. Однако самъ же Брунсъ далѣе категорически отрицаетъ, чтобы Граціанъ самъ стоялъ *на этой* точкѣ зрѣнія, размѣщая ученіе о remed. spolii по этимъ двумъ quaestiones, и приводитъ мѣста изъ Граціана же, изъ которыхъ видно, что тамъ о *самостоятельномъ* реституторномъ искѣ не могло быть и рѣчи (стр. 166). (Брунсъ здѣсь особенно оттѣняетъ именно *самостоятельность* иска). Въ тоже время въ самомъ началѣ того же своего § 21 (стр. 163) Брунсъ категорически заявляетъ: „Gratians Decret ist für die Besitzlehre fast nur durch die Aufnahme der Ps. Isidorischen Bestimmungen über die ex. spolii wichtig... Was aber die exc. spolii betrifft, so hat man ihre eigentliche Bedeutung noch recht wohl aus ihm erkennen kann.“ Какого же взгляда на remed. spolii придерживался Ps. Isidor, это Брунсомъ указано на стр. 148—149, гдѣ мысль свою Брунсъ формулировалъ въ томъ смыслѣ, что Лже-Исидоръ, (а слѣд., по мнѣнію Брунса, и Граціанъ) установилъ въ exc. spolii не только новое возраженіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и новый искъ, только *отнюдь не самостоятельный*, но обусловленный представленіемъ обвиненія въ уголовномъ порядкѣ и защиты путемъ exc. spolii. Потому то и отрицаетъ Брунсъ (стр. 165—166) у Граціана намѣреніе создать *самостоятельный искъ* путемъ раздѣленія основного матерьяла по двумъ Quaestiones, желая тѣмъ болѣе оттѣнить установленное, по его мнѣнію, Граціаномъ раздѣленіе exceptio и *несамостоятельнаго* реституторнаго иска, какъ частей одного remedium'а spolii.

становленія до суда status quo споліированному епископу [1]). Да и вообще, при полномъ почти отсутствіи систематизаціи матерьяла въ Граціановомъ сборникѣ, рискованно толковать институты по мѣсту нахожденія каноновъ въ этомъ памятникѣ права [2]).

Равнымъ образомъ и древніе канонисты не видѣли различія между двумя Quaestiones Граціана.

Такъ въ Summa Rolandi Bandinelli [3]) авторъ замѣчаетъ, что въ обоихъ случаяхъ говорится о restitutio:

Causa II, qu. II„—Inordinate vero expoliati restituantur ante litis contestationem."

Caus III qu. I—«Omnis expoliatio non canonice facta ante causae ventilationem est rescindenda».

---

[1]) Укажемъ изъ нихъ для примѣра слѣдующія мѣста:

Causa 3, quaest. 2 can. 2—Здѣсь постановлено запрещеніе вчинать какіе-либо иски противъ споліированныхъ епископовъ, пока они не будутъ возстановлены въ прежнемъ своемъ состояніи.

Can. 4 eod.—Высказано отлученіе изъ клира и признаніе infames тѣхъ, кто займетъ мѣста споліированныхъ епископовъ ранѣе уничтоженія споліаціи.

Can. 8 eod.—Здѣсь равнымъ образомъ имѣется общее правило объ обязанности сперва возстановить споліированнаго епископа (in pristino statu restitutio cum omni privilegio sui honoris), и *потомъ* уже вести съ нимъ дѣло обычнымъ порядкомъ (ad causam vocare).

Causa V, quaest. 2 can. 4—Онъ постановляетъ in fine то же правило о запрещеніи судить епископовъ ранѣе возстановленія ихъ въ прежнемъ состояніи.

[2]) Ср. Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage, въ Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 1859, III, стр. 229, который равнымъ образомъ замѣчаетъ, что Граціанъ еще и не думалъ о такомъ отдѣленіи иска отъ возраженія и что толкованіе такое c. II qu. II и C. III. qu. I глоссой въ томъ смыслѣ, что „haec est differentia inter quaestionem istam et illam, quae est infra C. III. qu. 1. quia hic petitur restitutio in modum exceptionis, ibi in modum actionis"—установлено было въ юриспруденціи позднѣе, въ то время, когда каноническая теорія уже закончила и установила такое отдѣленіе иска отъ exceptio въ области remed. spolii. Позднѣе Bruns самъ измѣнилъ свой взглядъ.—См. Jahrb, des gemein. deutsch. Rechts. T. IV стр. 74, прим. 108.

[3]) Позднѣе папа Александръ III—см. Thaner—Die Summa Magistri Rolandi, nachmals Papstes Alexander III, 1874 г. стр. 16, 18.

Stephanus Tornacensis [1]) по поводу C. Ш. qu. I пишетъ:

„Si quis quaerat, quare hic de restitutione tractat, cum in superiori causa qu. II tractaverat de ea, dicimus, quia repetit, ut quod ibi minus dixerit, his suppleat. Vel in superiori causa dixerat de restitutione eorum, qui per sententiam judicis inique fuerint expoliati, hic sive ante sententiam, sive post, sive a judice, sive ab alio."

Iohannes Faventinus [2]) замѣчаетъ по поводу C. Ш, qu. I:

«In secunda Q., II. C., proposuerat expoliatos non posse vocari ad judicem, antequam restituantur. In hac autem Q. proponit illos restituendos esse, et licet in prosecutione superioris Q. hoc dixerit, tamen hic repetit, ut aliud addat, scil. quod non solum per sententiam, sed etiam per officium judicis omnia praesentialiter sunt restituenda» [3]).

Такимъ образомъ по Декрету Граціана remedium spolii имѣло примѣненіе.

1) Только въ защиту епископовъ.

2) Только въ томъ случаѣ, когда противъ споліата возбуждался искъ по обвиненію въ уголовномъ правонарушеніи;

3) Когда дѣло шло о spolium'ѣ сана, имущества, въ его цѣломъ или въ большей части, или правъ, входящихъ въ составъ имущества, но не въ случаяхъ. spolium'а отдѣльныхъ вещей.

Мы видѣли, что remedium spolii, какъ привилегія для епископовъ въ случаѣ уголовнаго суда надъ ними, влекло за собою два основныхъ правила: 1) spoliatus не могъ быть отвѣтчикомъ ни по какому дѣлу до тѣхъ поръ, пока не былъ сперва возстановляемъ въ прежнемъ своемъ status quo, и 2) судъ долженъ былъ ex officio совершить такую restitutio, не ожидая непремѣнно ссылки епископа на эту привилегію.

Оба эти правила у Лже-Исидора, въ большинствѣ позднѣйшихъ декреталій, а равно въ сборникѣ Граціана тѣсно

---

[1]) 1135—1203 г. См. Schulte—Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen. Rechts 1875 стр. 133.

[2]) Написано около 1160 г. см. Schulte—cit. стр. 137.

[3]) Цитаты взяты у Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage въ Iahrb. des gem. deutsch. Rechts 1859 B. III, S. 229 ср. стр. 230 пр. 5 и 6.

соединялись въ одно понятіе, составляя въ послѣднемъ какъ бы лишь двѣ различныя его стороны. Вмѣстѣ съ тѣмъ и самый институтъ этотъ, являясь спеціальной привилегіей епископовъ, не представлялъ собою средства поссессорной защиты, въ собственномъ смыслѣ слова; равно онъ не имѣлъ и характера exceptio, въ виду возложенія именно на судей непремѣнной обязанности (officium judicis) слѣдить за соблюденіемъ этихъ правилъ.

Такого же возрѣнія на remedium spolii придерживалось и каноническое ученіе почти въ теченіе трехъ вѣковъ, т. е. отъ Лже-Исидора и до Граціана. Наконецъ, и послѣ изданія Граціанова сборника, почти до конца XIII вѣка, имѣлось не мало канонистовъ, оставшихся вѣрными тому же воззрѣнію на remedium spolii. Они утверждали, что spoliatus не обязанъ непремѣнно самъ предъявлять in limine litis своей exceptio spolii, продолжая считать remedium spolii по прежнему привилегіей для лицъ, потерпѣвшихъ spoliatio, которыя поэтому имѣли право не являться въ судъ и не считать обязательнымъ для себя судебный приговоръ, постановленный противъ нихъ ранѣе возстановленія ихъ въ прежнемъ состояніи [1]).

Слѣдуетъ замѣтить, что большинство первыхъ канонистовъ, съ одной стороны, не придавали какого либо особен-

---

[1]) Глосса „Convocari", къ с. 8 X. с. III, qu 2 замѣчаетъ по этому поводу:

„Sed numquid veniet allegare privilegium suum? Respondeo non: cum constet eum esse spoliatum".

Iohannes Teutonicus пишетъ:

„Tutius tamen est, quod citatus vadat allegaturus privilegium suum, vel appellaturus, si eum gravaverit, nisi quando constat eum non esse suum judicem".

Равнымъ образомъ и „Speculator Magnus"—Durand замѣчаетъ: (См. Durantis—Speculum juris lib. II, part. 1 de citatione § 1 № 11 изданіе 1578 г. II, fol. 32).

„Item quod est spcliatus; unde non tenetur venire, vel respondere, donec fuerit plene restitutus. Consulo tamen, quod veniat allegare privilegium suum, nisi notorium sit ipsum esse spoliatum". См. Goecke—De Exceptione Spolii. стр. 89.

наго значенія или важности означенному расположенію мѣстъ Граціаномъ въ его Decretum изъ Лже-Исидорова сборника; съ другой стороны, однако они совершенно своеобразно представляли себѣ remedium spolii, понимая его не какъ одинъ институтъ, въ которомъ сливались вмѣстѣ отказъ отъ разбирательства дѣла и restitutio, осуществляясь къ тому же непосредственно officio judicis; напротивъ, уже имъ remedium spolii представлялся совокупностью различныхъ институтовъ.

Stephanus Tornacensis по поводу c. I. X. c. II, quaest. 2 пишетъ:

«Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes non per judicialem sententiam, sed per violentiam, unde ei restituendi sunt per possessoria judicia, i. e. per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum» [1]).

Huguccio по поводу C. 2. X. C. III, qu. I пишетъ:

«Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem, ne postea accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia majorem paenam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio: quid ergo tunc debet esse? Credo quod in tali causa vocandus est ad judicium et accusandus tam de illo crimine, quam de aliis, etiam ante restitutionem, si monitus non vult eam petere, ne fraus sit ei lucrosa» [2]).

Здѣсь такимъ образомъ говорится о примѣненіи въ защиту противъ spolium'a различныхъ способовъ поссессорной защиты; вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣчается, что споліатъ даже послѣ того, какъ судья ex officio откажется разбирать возбужденное противъ него дѣло, или если самъ споліатъ— отвѣтчикъ in limine litis сошлется на такую свою привилегію, все же тѣмъ однимъ не возстановляется въ своемъ прежнемъ состояніи, но долженъ въ интердиктномъ или иномъ соотвѣтствующемъ порядкѣ производства еще искаться о выдачѣ ему отнятаго у него имущества. Такимъ образомъ здѣсь уже точно различаются два послѣдствія примѣненія remed.

---

[1]) Позднѣе это мѣсто было повторено у Iohannes Faventinus.

[2]) См. Maassen—cit. стр. 231.

spolii: a) пріостановка возбужденнаго противъ споліата иска и b) возстановленіе споліата въ его прежнемъ status quo, причемъ возстановленіе это уже не совершается болѣе officio judicis.

Другими словами, spoliatus, обвиненный передъ судомъ, теперь, въ этой второй фазѣ процесса, является уравненнымъ съ споліатомъ не обвиненнымъ, которому уже издавна принадлежали средства возстановительнаго охраненія своего имущества противъ vis. Вмѣстѣ съ тѣмъ remedium spolii на практикѣ перестало быть политической главнымъ образомъ [1]) привилегіей епископовъ, но вошло въ область общаго права, становясь средствомъ защиты отъ насилій для всѣхъ лицъ духовнаго званія. Это произошло въ сущности въ связи съ допущеніемъ такого remedium'a въ защиту всѣхъ клириковъ (позднѣе и мірянъ) для обратнаго полученія ими споліированныхъ отдѣльныхъ вещей, при возбужденіи противъ споліата иска въ порядкѣ гражданскомъ.

Выше мы видѣли случаи такого распространительнаго примѣненія разсматриваемаго института въ цѣломъ рядѣ посланій самихъ папъ; такъ что практика здѣсь не создала, собственно говоря, ничего новаго, а воспользовалась лишь и фактически осуществила идею, намѣченную къ исполненію еще Лже-Исидоромъ. Что такая практика послѣ Граціана уже безспорно существовала, это видно изъ приведеннаго Маасеномъ [2]) мѣста Фавентина [3]).

Iohannes Faventinus in c. 2 X. c. III quaest. 1:

«Nota quia quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis».

Такое постепенное и медленное развитіе remed. spolii сблизило его съ римскими мѣрами возстановительнаго охраненія, отъ котораго само remedium это въ то же время заимствовало не только терминологію, но равно основныя свои и руководящія начала. Оно уже считалось теперь не привилегіей—но именно мѣрой публичной защиты общаго ха-

---

[1]) Ср. Bruns—cit. стр. 144—149.

[2]) Maassen—cit. стр. 232 пр. 9.

[3]) Iohannes Faventinus умеръ въ 1090 году см. Schulte стр. 137.

рактера. Съ измѣненіемъ въ такомъ смыслѣ самой юридической природы разсматриваемаго института явилась полная и легкая возможность его дальнѣйшаго превращенія въ actio и exceptio spolii.

Что касается времени, когда въ remedium'ѣ spolii стали различать и отдѣльно одну отъ другой разсматривать actio и exceptio spolii, въ этомъ отношеніи можно установить безспорно слѣдующее: Граціанъ (1150 г.) еще не думалъ о такомъ раздѣленіи; однако оно признается ясно уже первыми комментаторами Граціанова декрета—какъ учениками Граціана, такъ равно и другими декретистами. При этомъ, по всей вѣроятности въ Болоньѣ, или вѣрнѣе среди сторонниковъ Болонской школы, произошло это крупное событіе въ исторіи развитія нашего института въ средніе вѣка.

Особенно подробно разсматриваетъ вопросъ объ условіяхъ примѣненія exceptio spolii Угучіо [1]). Huguccio, признавая это возраженіе допустимымъ въ защиту не только однихъ епископовъ, но и другихъ духовныхъ лицъ, опредѣляетъ примѣненіе exceptio spolii сообразно съ тѣмъ, идетъ ли самое дѣло въ уголовномъ или гражданскомъ порядкѣ, и затѣмъ кто въ немъ является истцомъ, самъ ли насильникъ, или третье лицо.

Въ первомъ случаѣ, потерпѣвшій можетъ представить exceptio эту противъ насильника, какое угодно обвиненіе послѣдній на него не возводилъ бы, безразлично; противъ третьяго же лица споліатъ можетъ представить exceptio лишь по уголовному обвиненію въ томъ именно проступкѣ, за который ему была учинена spoliatio.

Во второмъ случаѣ, при обращеніи къ споліату иска въ гражданскомъ порядкѣ, отвѣтчикъ можетъ представить exceptio spolii какъ противъ самаго насильника, такъ и противъ третьяго лица—истца тогда только, когда предметомъ иска является отнятое имущество, или когда искъ

---

[1]) См. Maassen—cit. стр. 234.

содержаніемъ своимъ направленъ на тотъ проступокъ, изъ за котораго совершена spoliatio [1]).

Отдѣленіе иска отъ exceptio spolii получило окончательную законодательную санкцію, (послѣ чего exceptio spolii стала простымъ возраженіемъ для уклоненія отъ суда—exceptio declinatoria) со времени изданія ученикомъ Угучіо—папой Иннокентіемъ III [2]) знаменитой его декреталіи «Cum dilectus» (c. 2 X. de ordin. cogn. II 10).

Декреталія эта была издана по поводу одной тяжбы, въ 1198 году, между аббатомъ и нѣсколькимн нобилями, въ которой аббатъ вызвалъ своихъ противниковъ на судъ за насильственные ихъ поступки въ отношеніи къ нему и къ его имуществу. Нобили же въ свою очередь представили exceptio spolii, утверждая, что аббатъ самъ совершилъ противъ нихъ насильственныя дѣйствія; такъ что было неясно, которое изъ этихъ дѣлъ разбирать прежде другого. Разрѣшая вопросъ, Иннокентій III постановилъ слѣдующее:—

«Nos autem distinguendum esse credimus, utrum spoliationis quaestio ab eisdem nobilibus sit objecta in modum actionis ad restitutionem petendam, an in forma exceptionis ad intentionem adversarii repellendam; quum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutuae petitiones sese tanquam diversae minime contingentes, ac per hoc juxta regulam iuris praemissam, quae dicitur: «qui prior appellat, prior agat» quae prius esset proposita prius foret tractanda, quamquam in idem judicum ambae deductae vicissimque trac-

---

[1]) Huguccio in C. 2, C. III, qu. 1. verb, „*quilibet maiorum vel minorum*“.—

„Quilibet spoliator praesumitur enim suus inimicus esse, et ideo contra eum non potest agere criminaliter, ut in extra, „*In literis*“, sed alius etiam ante restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de illo, pro quo sunt spoliati... Sed quid de causa civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo eum spoliavit, nec de re, qua eum spoliavit, sed de alia potest... Item dico, quod alius non potest ante restitutionem agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa re, ut intra e qu. II „*Oportet*“, sed de alia potest“.

[2]) См. Schulte—cit. стр. 156.

tatae simul essent eadem sententia terminandae. Sed quoniam quaestio illa fuit eisdem nobilibus tantum in modum exceptionis objecta, de communi fratrum nostrorum consilio interloquendo pronunciavimus, ut probationes eorum super ista exceptione primitus audirentur, et ea probata legitime abbati non cogerentur respondere super petitionibus memoratis, donec restituerentur ab ipso, quum spolatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere. Verum spoliatione in modum exceptionis tantum probata non est per hoc restitutio facienda»...

Это правило Иннокентія III стало господствующимъ среди канонистовъ. Уже Глосса къ правилу—spoliatus statim est restiuendus—добавляетъ однако; «cum spoliatio est probata in modum exceptionis» (Glossa «quidam episcop» c. III, qu. I Can).

Однако Иннокентію III правиломъ своимъ—«Cum dilectus», собственно говоря, удалось лишь создать изъ remedium'a spolii новыя средства защиты status quo общаго характера,—и только. И послѣ его декреталіи 1198 года оставалось обширное поле нерѣшенныхъ сомнѣній и споровъ касательно условій примѣненія exc. spolii. Болѣе всего недоразумѣній и разнорѣчій среди писателей того времени возбудили здѣсь вопросъ, въ какихъ случаяхъ exc. spolii можетъ быть примѣняема противъ насильника и въ какихъ противъ третьихъ лицъ, предъявляющихъ искъ противъ spoliatus'a уголовнымъ и гражданскимъ порядкомъ.

Прежде указанія ученій по этому вопросу нѣкоторыхъ писателей—современниковъ, отмѣтимъ здѣсь, что первоначально доктрина допускала exc. spolii только въ уголовныхъ дѣлахъ и въ случаяхъ, когда объектомъ spolium'a было все или часть имущества лица, и полагала основнымъ принципомъ эксцепціи невозможность для тяжущихся бороться одинаковымъ оружіемъ, безъ предваритетьной реституціи; при этомъ не было установлено точнаго различія, кто могъ быть истцомъ—споліаторъ или равно и третье лицо. Практика распространила exc. spolii на иски гражданскіе и по поводу отдѣльныхъ вещей. При этихъ допущенныхъ условіяхъ примѣненія exc. spolii не было уже основанія говоритъ ни о

борьбѣ сторонъ вообще, ни въ случаяхъ spolium'a отдѣльныхъ вещей о лишеніи споліата возможности въ качествѣ «nudatus et inermis» иначе (безъ exceptio) бороться съ противникомъ равнымъ оружіемъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ правила объ exc. spolii за недостаткомъ научной обработки до времени Угучіо и декретистовъ, не представляя собою точно опредѣленнаго и фиксированнаго содержанія, не давали и не даютъ изслѣдователю возможности сдѣлать изъ нихъ достаточно опредѣленныхъ и безспорныхъ выводовъ. Здѣсь мы находимъ указанія, изданныя на отдѣльные, различные, спеціальные случаи; причемъ постановленіями этими не отмѣнялись старыя нормы по тѣмъ же вопросамъ, по скольку онѣ имѣли еще свое примѣненіе на практикѣ.

Поэтому то для насъ въ разсматриваемомъ вопросѣ особенную цѣнность имѣютъ положенія, выставленныя и обработанныя Угучіо въ его комментаріѣ къ c. 2. C. III qu. l, гдѣ имъ вопросъ объ условіяхъ примѣненія exceptio spolii разсмотрѣнъ и разработанъ довольно подробно, и къ тому же въ видѣ положеній и правилъ общаго характера.

По его мнѣнію при примѣненіи exc. spolii слѣдуетъ прежде всего различать, возбуждается-ли дѣло въ порядкѣ уголовномъ или гражданскомъ, а равно—кто возбуждаетъ это дѣло—самъ ли споліаторъ или третье лицо.

Вопросы эти Угучіо и разрѣшаетъ слѣдующимъ образомъ:

1) Споліатъ можетъ отразить; a) всякій *уголовный* искъ, предъявленный противъ него споліаторомъ:—«Quilibet spoliator praesumitur enim suus inimicus esse et ideo contra eum non potest agere criminaliter»; b) можетъ отразить искъ уголовный третьяго лица, но лишь если искъ этотъ касается того деликта, изъ за котораго произошла самая spoliatio: «Sed alius etiam ante restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de illo, pro quo sunt spoliati».

2) Споліатъ можетъ отразить всякій искъ, возбужденный противъ него споліаторомъ или 3-имъ лицомъ въ порядкѣ гражданскомъ, если искъ этотъ имѣетъ основаніемъ своимъ деликтъ—причину споліаціи, или возбуждается по поводу

споліированныхъ объектовъ—«Sed quid de causa civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo eum spoliavit, nec de re qua eum spoliavit, sed de alia potest... Item dico, quod alius non potest ante restitutionem agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa re» (Maassen—cit. S. 234).

Далѣе Угучіо предусматриваетъ случай, когда споліатъ не предъявляетъ иска о возстановленіи споліированнаго, довольствуясь, даже пользуясь при этомъ возможностью отклонить, путемъ exceptio spolii, отъ себя отвѣтственность по предъявленному къ нему иску въ порядкѣ уголовномъ, по которому подлежитъ серьезной карѣ; причемъ полагаетъ, что въ такомъ доказанномъ случаѣ его fraus споліатъ д. б. судимъ ante restitutionem, если послѣ предупрежденія объ этомъ, все же не будетъ представлять иска:—«Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem ne postea accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia majorem paenam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio; quid ergo tunc debet esse? Credo, quod in tali causa vocandus est ad judicium et accusandus tam de illo crimine, quam dé aliis, etiam ante restitutionem, si *monitus* non vult eam petere, ni frans sit ei lucrosa».

Спорнымъ среди канонистовъ оказался даже самый вопросъ о послѣдствіяхъ примѣненія exc. spolii; именно, слѣдуетъ ли за ней только пріостановка суда, или неизбѣжна еще и реституція споліированнаго имущества. Такъ Iohannes Teutonicus утверждалъ, что правило «Cum dilectus»... имѣло мѣсто только въ искахъ гражданскихъ; въ искахъ же уголовныхъ exceptio spolii неизбѣжно влекла за собою реституцію:

Clossa «*restituat*» C. II qu. II c. I.

«Dico tamen decretalem illam non habere locum, quia ubi excipitur de spoliatione contra illum qui crimen intendit, bene restituitur, si spoliationem probat, prout intelligo omnia haec iura; secus ubi utraque quaestio est civilis ut in illa decretali C. cum dilectus».

На то же указываетъ и Durand говоря [1]):

«Imo enim *dixerunt quidam*, quod tunc (in causa criminali) non solum repellitur accusator, verum etiam probata exceptione restituitur».

При этомъ однако господствующимъ осталось ученіе Иннокентія III, какъ между прочимъ отмѣчаетъ позднѣе тотъ же Дюранъ.

Приведя въ сочиненіи своемъ Speculum iuris противоположное мнѣніе Iohannes Teutonicus, онъ далѣе самъ высказываетъ свой взглядъ по данному предмету слѣдующимъ образомъ [2]):

«Diversi tamen sunt effectus; quia spoliatione per modum exceptionis probata agens repellitur, sed non restituitur; sed si probetur in modum actionis, restituitur opponens ante ingressum principalis causae».

Здѣсь имъ такимъ образомъ категорически подчеркивается различіе результатовъ для споліата сообразно съ тѣмъ, въ какомъ порядкѣ онъ возбуждаетъ дѣло по поводу spolium'a; причемъ если споліатъ предъявляетъ exceptio, этимъ онъ парализуетъ лишь возбужденное противъ него дѣло, но restitutio spoliatorum не получаетъ. Для послѣдней необходимо споліату вести дѣло «in modum actionis».

Глосса къ Декреталіямъ даетъ слѣдующее толкованіе словъ—„non est per hoc restitutio facienda“:

„Quia ad hoc non agebatur. Semper enim videndum est, ad quid agatur, quia secundum modum agendi formatur sententia, Nec enim potestas judicandi ultra id estenditur, quam in libello est deductum“, т. е. споліатъ требовалъ пріостановки возбужденнаго противъ него производства, и это только одно и было постановлено въ его пользу.

Относительно допустимости exc. spolii противъ третьихъ лицъ—не споліаторовъ Iohannes Teutonicus замѣчаетъ, что она д. б. допускаема лишь противъ обвиненія въ томъ, проступкѣ, которымъ была вызвана spoliatio.

---

[1]) Durantis—Speculum juris. lib. II pars I De petitorio et possessorio et spoliat. Taurini 1578 fol 85.

[2]) Durantis—Speculum iuris lib. II p. I De petitorio, possessorio polsiat. Taurini 1578 fol. 85.

Gl. nec in aliquo judicari (къ c. 4 C. II, q. II):

— „A spoliatore nullum potest obiici crimen spoliato, nisi suam prosequatur iniuriam, vel nisi sit tale crimen, ad quod quilibet admittatur. Sed ab alio potest accusari de aliis criminibus, sed non de illo, pro quo est spoliatus. Alioquin delictum ejus maneret impunitum, si de nullo crimine posset accusari ab aliquo".

Одно мѣсто глоссы даетъ основаніе предполагать, что она не допускала ранѣе restitutio никакого обвиненія ни въ порядкѣ гражданскомъ, ни въ уголовномъ, какъ со стороны истца споліатора, такъ и третьяго лица. Дѣйствительно, обсуждая вопросъ, что лучше для споліата—требовать ли сразу путемъ actio возстановленія себѣ status quo, или представить exceptio,—глосса restituat (къ c. I, C. II qu. II) замѣчаетъ:

„Sed si de alio agit adversarius, et tu super alio dicis te spoliatum, utilius est tibi, ut in modum exceptionis proponas spoliationem".

Если разсматривать это одно мѣсто, то въ немъ ясно говорится про допустимость exc. spolii въ искахъ гражданскихъ (тѣмъ болѣе, что здѣсь говорится agere, а не accusare); причемъ распространяется понятіе adversarius не только на споліатора, но и на третьихъ лицъ,—не виновниковъ spolium'a. Необходимо однако имѣть въ виду, что здѣсь глосса къ декрету имѣла въ виду только лишь случай возбужденія *уголовнаго* обвиненія, обозначая вмѣстѣ съ тѣмъ наименованіемъ adversarius лишь одного споліатора. Наконецъ, въ изслѣдуемой части глосса имѣетъ своей цѣлью не выясненіе вопроса, нами разсматриваемаго, но единственно стремится установить, что искъ о spolium'ѣ можно предъявлять только по поводу вещей споліированныхъ; между тѣмъ какъ exceptio могла примѣняться и въ иныхъ случаяхъ, здѣсь глоссой не указываемыхъ (такъ какъ она о нихъ уже упоминала выше), а равно и въ отношеніи не только однихъ res spoliatae.

Думается намъ, изъ сказаннаго съ достаточной очевидностью видно, какъ мало имѣлось въ разсматриваемый періодъ твердыхъ и одинаковыхъ правилъ касательно условій примѣненія сех. spolii.

По всей вѣроятности, вся эта путаница въ ученіяхъ канонистовъ и въ судебной практикѣ касательно условій примѣненія exc. spolii и была причиной, благодаря которой папа Григорій IX отвергъ почти всѣ новшества въ ученіи объ exc. spolii и рѣзко поворотилъ къ прежней доктринѣ по данному вопросу. Согласно его правиламъ подъ spolium'омъ, какъ условіемъ допустимости примѣненія exc. spolii должно было понимать отнятіе всего имущества или его большей части. Вмѣстѣ съ тѣмъ, при наличности такого spolium'a, Григорій IX призналъ возможной exc. spolii не только противъ споліаторовъ, но равно и противъ третьихъ лицъ, даже предъявляющихъ искъ противъ споліата по обвиненію его въ другомъ проступкѣ, а не въ томъ, которымъ была вызвана spoliatio. Наконецъ, имъ же была допущена exc. spolii не только въ искахъ уголовныхъ, но равно и гражданскихъ:—

«Ut quando quis fuerit spoliatus omnibus bonis vel maiori parte, non teneatur interium aliquibus respondere neque in civili, neque in criminali causa [1])».

Впрочемъ въ этомъ послѣднемъ пунктѣ Григорій IX пошелъ далѣе, чѣмъ древняя теорія, которая не допускала exceptio spolii въ искахъ гражданскихъ, и этимъ далъ возможность лицу, утратившему по spoliium'у большую часть своего имущества, отразить гражданскій искъ третьяго лица направленный содержаніемъ своимъ на предметы, оставшіеся послѣ spolium'a въ рукахъ у споліата.

Первоначально придерживалась того же взгляда первые декретисты, въ томъ числѣ и Угучіо. Однако постепенно

---

[1]) См. Göcke—cit. Стр. 99 пр. 6; Roffredi Beneventani—Libellus super jure politico p. VI. Qualiter et quis debet agere quando jure canonico dicit se esse spoliatum, § 6.

Правила Григорія IX были приняты Гоффредомъ де Трано (Goffredi de Trano—Summa de restitut... Spoliator. Venetiis 1570 fol. 83), который писалъ, что spoliatio «proposita in modum exceptionis repellit civiliter agentem. quemlibet accusantem»; при чемъ допускалъ ея примѣненіе лишь при spoliatio omnium bonorum: «cum quis spoliatus est tota sua substantia, vel majori parte ipsius, et hoc innuunt verba canonis «nudi et inermes». Послѣ этого понятнымъ является его замѣчаніе, что—«exceptio fortior est et potentior quam actio»...

такое примѣненіе exceptio spolii вышло изъ употребленія на практикѣ по соображеніямъ цѣлесообразности. По крайней мѣрѣ уже декреталистъ Bernardus могъ отмѣтить, что онъ никогда не встрѣчалъ кого-либо, кто представилъ бы такую exceptio spolii противъ гражданскаго иска третьяго лица — не споліатора [1]).

Невыясненность и противорѣчія въ теоріи и на практикѣ по этому вопросу, равно какъ злоупотребленія установленной Григоріемъ IX обширной областью примѣненія exc. spolii побудили папу Иннокентія IV на Ліонскомъ соборѣ, 1245 г., издать рядъ правилъ касательно дальнѣйшаго упорядоченія exceptio spoili. Здѣсь между прочимъ было постановлено о недопущеніи exceptio spolii въ гражданскихъ искахъ, когда spolium самое было учинено стороннимъ лицомъ, не истцомъ въ этомъ процессѣ. Здѣсь же было точно установлено понятіе spoliatio, какъ лишенія *всего* имущества или его большей части; причемъ повторяется и старая ratio запрещенія такихъ насилій: «quia nec nudi contendere, nec inermes inimicis opponere nos debemus»: (c. 1. De restit. spoliat. *in Sexto*, II 5 [2]).

---

[1]) Glossa ab actore: Sexti II, tit. V, cap. 1:—«Et recitat hic Ber (nardus) se non meminisse vidisse aliquem excipientem sic in civilibus». Hostiensis, возражая ему, высказалъ противоположный взглядъ, допуская такое примѣненіе exc. spolii въ случаяхъ, когда отвѣтчикъ сдѣлался несостоятельнымъ, когда у него (у споліата) не осталось болѣе ни имущества, ни капиталовъ. (Henric. de Segusio (Hostiensis)—Commentaria t. II, ad Sext. Frequens № 4, fol. 12). Замѣтимъ однако, что случай несостоятельности (insolventia) споліата, про который говоритъ здѣсь Hostiensis, не установляетъ exceptio spolii, потому что здѣсь, какъ и самъ онъ признаетъ, идетъ дѣло не объ отсрочкѣ суда ratione spoliationis, factae ab alio, но именно объ executio ratione impotentiae.

[2]) «Statuimus ut in civilibus negotiis spoliationis objectu, quae ab alio quam ab actore proponitur, judex in principali procedere non postponat. Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum reus asserat a quocumque; infra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit comprobabit; alioqui in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, judiciali taxatione praehabita condemnetur, alias, si judici aequum visum fuerit, puniendus. Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu, quum criminaliter accusatur, qui tota substantia vel majori parte ipsius se per violentiam

Глубоко свѣдующій и дѣльный юристъ своего времени, и практикъ, и теоретикъ, папа Иннокентій IV правилами своими съумѣлъ здѣсь примирить запросы жизни въ области exc. spolii со строгими и точными правилами каноновъ; вмѣстѣ съ тѣмъ ему же лучше всѣхъ удалось устранить и упорядочить всѣ споры и нелады, существовавшіе до него въ разсматриваемой области права.

Особенно крупной заслугой Иннокентія IV въ этой области было запрещеніе споліатамъ прикрываться путемъ exc. spolii отъ отвѣтственности какъ по уголовнымъ, такъ и по гражданскимъ искамъ, предъявленнымъ противъ нихъ не споліаторами, а третьими лицами. Благодаря этому правилу, третьи лица уже не могли болѣе опасаться предъявленія противъ ихъ исковъ exc. spolii inter alios facti. Глосса такимъ образомъ толкуетъ это правило—Glossa *ab actore* c. 1 in Sexto de restit spolat:

«Hoc erat iniquum, quod reus exciperet contra actorem de spoliatione facta a tertio: cum in hoc non deliquerit actor, et ideo factum alterius sibi non debebat obese, et peccata suos teneant auctores».

Кромѣ грѣха (peccatum) мотивомъ рѣшенія такого является здѣсь, что «res inter alios acta aliis non praejudicet» [1]).

И далѣе Глосса «substantia» eod. loco прямо уже говоритъ:

«Ridiculum enim videbatur, quod criminaliter accusatus accusatorem suum per exceptionem spoliatonis rei modicae et vilis ab accusatione repelleret».

На практикѣ могло явиться два случая вреднаго для правопорядка примѣненія разсматриваемой exceptio, именно отвѣтчикъ, представляя такую exceptio, могъ или отложить представленіе доказательствъ о spolium'ѣ, чтобы задержать этимъ пріемомъ возбужденное, противъ себя дѣло, или, что

---

destitutum affirmat. Et secundum hoc loqui canones sano credendum est intellectu, quia nec nudi contendere, nec inermes inimicis opponere nos debemus. Habet enim spoliatus privillegium, ut non possit exui jam nudatus».

[1]) Ср. тоже правило въ Gloss. «nullum crimen» (c. I C. III qu. 1).

было еще хуже, послѣ представленія доказательствъ о наличности spolium'а отложить на неопредѣленное время свое требованіе о возстановленіи въ прежнемъ status quo, чтобы такимъ путемъ парализовать самую возможность окончанія надъ собою суда и полученія себѣ обвинительнаго приговора по возбужденному противъ него дѣлу.

Первое неудобство Иннокентій IV устранилъ, установивъ, что фактъ spolium'а должно было доказать въ теченіи 15 дней, подъ угрозой уплаты иначе судебныхъ издержекъ или иной пени. Что касается устраненія возможности второго злоупотребленія со стороны споліата путемъ exc. spolii, то въ этомъ отношеніи уже Угучіо полагалъ, что въ такомъ случаѣ необходимо привлечь во всякомъ случаѣ отвѣтчика на судъ, не ожидая реституціи. (См. выше стр. 113).

Глосса приняла мнѣніе Угучіо для такого случая, когда наказаніе, отъ котораго пытался отвѣтчикъ уклониться такимъ путемъ, было несравненно болѣе, чѣмъ убытокъ отъ spolium'а, но не допускала его на случаи, гдѣ наказаніе было менѣе убытка отъ spoliium'а, и постановила:

«Sed si minorem paenam de illo crimine meretur, tunc non est accusandus de illo, cum satis sit punitus» (Gloss. „obicere", c. 2. C. III. qu. I).

Какъ кажется, такое злоупотребленіе примѣненіемъ exc. spolii проявлялось спеціально въ области уголовныхъ дѣлъ, при томъ именно когда возраженіе такое предъявлялось противъ третьихъ лицъ, не виновныхъ въ spolium'ѣ. Потому Goffredus a Trano пишетъ [1]):

— «Cum absonum videatur et etiam multorum corda perturbet, ut spoliatus tota substantia vel maiori parte ipsius excipiat contra illos, qui non expoliaverunt»... съ цѣлью остаться безнаказаннымъ. При этомъ онъ замѣчаетъ, что справедливо были установлены указанныя нами выше мѣры противъ такихъ злоупотребленій.

Иннокентій IV, оставивъ въ сторонѣ трудное различіе въ условіяхъ приложенія правила, установленнаго глоссой (см. выше), предписываетъ, въ своей извѣстной декреталіи:

---

[1]) Goffredi de Trano.—Summa. De ordin. Cognit. fol. 83.

(§ 1 c. 1 De restit. spoliat. in Sexto, II, 5) примѣнять exc. spolii въ теченіи установляемаго для того судьей въ каждомъ контретномъ случаѣ срока, не позднѣе, подъ угрозой утраты иначе права на эту exceptio:

«Solet autem inter scholasticos dubitari, si spoliatus a tertio de spoliatione contra suum accusatorem excipiat, an ei tempus a judice debeat indulgeri, infra quod restitutionem imploret, ne forte sic velit existere ut omnem accusationem eludat; quod satis aequitati et iuri consonum aestimamus. Quod si infra tempus indultum restutionem non petierit, et causam, quum potuerit, non ducat ad finem: non obstante spoliationis exceptione deinceps poterit accusari».

Вообще дѣятельность Иннокентія IV по нормировкѣ упомянутой exceptio spolii выяснила самую суть послѣдней, устранивъ первопричину всей путаницы и неопредѣленности, господствовавшей въ этой области. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ папа точно и ясно обособилъ въ exc. spolii часть ея чисто церковную отъ элементовъ, реципированныхъ тамъ изъ области права частнаго.

Exc. spolii была по происхожденію своему институтомъ, свойственнымъ именно церковной дисциплинѣ; но позднѣйшая практика сдѣлала изъ него средство защиты для общаго права Старыя и новыя начала при этомъ оказались въ exc. spolii смѣшанными, откуда неизбѣжно и должно было возникнуть не мало противорѣчій.

Exceptio эта въ началѣ, согласно характеру своему каноническаго института исключала самый вопросъ о владѣніи, въ техническомъ смыслѣ этого слова. Постепенно однако, по мѣрѣ дальнѣйшаго ея развитія, стали принимать во вниманіе вопросъ о владѣніи, какъ одномъ изъ условій примѣненія exc. spolii; такимъ образомъ нормы свѣтскаго права касательно владѣнія, оказались необходимо реципированными и въ нашемъ институтѣ. Это однако повлекло за собою крайнюю неопредѣленность въ дѣлѣ выясненія условій примѣненія exceptio spolii, благодаря смѣшенію въ ней элементовъ различной взаимно природы, что въ свою очередь возбуждало на практикѣ много недоразумѣній и споровъ. Правда, и

ранѣе пытались упорядочить, хотя сколько нибудь, въ этомъ отношеніи условія примѣненія exc. spolii, но неудачно.

Такъ Граціанъ утверждалъ, что право на такое remedium принадлежитъ даже епископу, незаконно утвержденному въ его званіи (c. 6, C. III qu, 1, dictum Gratiani); а папа Александръ III издалъ правило, что насильникъ не можетъ обвинять споліата въ незаконномъ достиженіи имъ духовнаго сана, если самъ не возстановитъ послѣдняго во владѣніи; причемъ ссылался на правило гражданскаго права:—»praedo etiam est secundum rigorem juris restituendus (c. 5 X. de rest. spol. II. 10). Однако Александръ же III въ другомъ случаѣ даетъ прямо противоположное правило [1]) гдѣ на жалобу, R, что у него отняли церковь, постановляетъ:

«Si verbis constiterit, praedictum R. in prelibata ecclesia fuisse *canonice institutum* et injuste spoliatum... eam cum fructibus inde perceptis restitui faciatis» [2]).

---

[1]) Ср. Friedberg—Quinque compilationes antiquae. Compil. II. lib. II cit. 7, 1882 стр. 73.

[2]) Хорото отмѣчаетъ сомнѣнія, возбужденныя этимъ труднымъ для разрѣшенія вопросомъ Petrus Blesensis (1180 г. см. Schulte—cit. стр. 208). Авторъ здѣсь признаетъ допустимость примѣненія remedium'a spolii въ защиту священниковъ, „поставленныхъ“ въ извѣстную церковь безъ согласія на то мѣстныхъ епископа или архидіакона, въ вѣдомствѣ которыхъ церковь находилась, въ случаѣ когда эти князья церкви изгонятъ такихъ священниковъ безъ разсмотрѣнія вопроса о правѣ ихъ „владѣнія“ приходомъ. Далѣе однако Blesensis иначе обсуждаетъ случай, гдѣ spolium такой совершается надъ священникомъ, самовольно захватившимъ себѣ приходскую церковь, замѣчая, что въ вопросахъ „мірскихъ“ никто не можетъ быть лишенъ владѣнія безъ судебнаго о томъ разбирательства, тогда какъ въ дѣлахъ церковныхъ (in ecclesiasticis causis) такое лишеніе владѣнія допускается канонами. Авторъ впрочемъ самъ сознается далѣе, что это послѣднее правило очень спорно:

„Cum quidam presbiter in quadam ecclesia... sit institutus sine consensu episcopi vel archidiaconi quorum erat instituere sacerdotem in illa ecclesia, non expectato vel expetito ordine judiciario, quaesitum est, an restutiendus sit in possessionem, nullo prioris titulo possesionis allegato... Humanior videtur sententia, eum qui preter ordinem judiciarium est expulsus. debere statim restitui (C. II, qu. II, c. 1. 2). et postea principalem questionem ventilari (c. 4). Non enim habet, qui possit exui jam nudatus (ead c. 5, 6; C. XXXIII, qu. II, c. 3, 4; C. III, qu. 1—4). Et hoc ideo ne

И дѣйствительно, не смотря на постановленія Граціана и Александра III, которыми, казалось, канонические вопросы были нормированы по правиламъ свѣтскаго права, оставалось еще то различіе, что когда кто представлялъ exceptio, какъ persona ecclesiastica, онъ всегда долженъ былъ доказывать свое квалифицированное владѣніе. Ему не было достаточно сослаться на то, что онъ владѣлецъ спорнаго имущества; сверхъ того онъ д. б. еще доказать, что онъ владѣетъ въ силу институціи, (инвеституры), хотя бы и незаконной и насильственной.

Легко представить себѣ, какія неудобства, не говоря уже объ указанныхъ выше, неизбѣжно должны были имѣть здѣсь мѣсто въ силу неопредѣленности вопросовъ касательно лица и объекта exceptio, противъ которыхъ и когда послѣднюю можно было бы представить, напр. въ случаяхъ наличности гражданскаго spolium'a, его примѣненія при искѣ, истекающемъ изъ чисто каноническихъ отношеній, или церковнаго spolium'a, въ случаѣ ссылки на него при искѣ, основанномъ на общихъ нормахъ права собственности.

Упорядоченіе этого rebellio legum et canonum сдѣлано Иннокентіемъ IV, постановившимъ (§ 2 c. 1 de rest. spoliat. in

---

detur episcopis occasio maliguandi et auferendi subditis suis eccelesias vel prebendas legitame vel canonice collatas. cum forte sint legitimis probationibus destituti, quibus titulum et causam suae possesionis debeant demonstrare. Porro dici potest ex adverso, nimis iniquum videri, si presbiter vel aliquis clericus ignorante episcopo vel archidiacono, qui jus habet instituendi, ecclesiae possessionem invadat, vel clam intret, vel sibi commissam intervertat, si episcopus eum non possit expellere ab ecclesia occupata. Ut igitur distinctius circa hunc articulum disseramus: sciendum, quod est alia ratio causarum saecularium, alia divinarum. In saecularibus enim causis nullus est expellendus a possessio vitiosa. Nec cogitur respondere ante restutionem, cui et canones consentiunt (c. 4, C. V, qu. II). In eccelesiasticis autem causis preter ordinem juris jure aufertur possesio. Ergo et ablata non restituitur, quia cui denegatur exceptio, multo fortius actio. Sed quia circa hunc articulum *multa videtur rebellio legum et canonum,* hoc potius allegando quam difiniendo dixisse sufiiciat". Petrus Blesensis—Opusculum de distinctionibus in canonum interpretatione adhibendis, sive ut auctor voluit, Speculum juris canonici Edidit Th. Reimarus Berol. 1837 cap. 42, p. 75 слѣд.

Sexto II 5) запрещеніе примѣнять exc. spolii по частному имуществу потерпѣвшаго, когда искъ самый противъ споліата возбуждается по вопросамъ церковнаго права, и наоборотъ, ссылаться на spolium церковнаго имущества, когда споръ идетъ по частнымъ дѣламъ споліата—церковника:

«Sancimus, ut rerum privatarum spoliatio agenti super ecclesiasticis, vel a contrario, nullatenus opponatur».

Тотъ же папа Иннокентій такъ объясняетъ это постановленіе въ своемъ комментаріѣ.[1])

«Si prelatus agat nomine ecclesiae, non obstat sibi exceptio de spoliatione, quod nomine suo tantum fecit, et non nomine ecclesiae», и наоборотъ.

Глосса такъ объясняетъ это правило (Glossa «opponatur», cap. I de rest. spol. in Sexto II. 5):

«Privata dicuntur quia possunt a privato possideri. Res autem ecclesiasticae vocantur hiae, quae non cadunt in laicum: ut decumae et alia spiritualia. Et est ratio hujus dicti; quia agens nomine ecclesiastico, non agit suo jure, sed nomine ecclesiae. Unde sicut procurator agens nomine alieno de jure suo non excipt; sic nec hic. Item res ecclesiasticae sunt publici iuris; de publicum ad privatum non est compensatio».

Наконецъ, Иннокентіемъ же IV опредѣленъ былъ и срокъ для предъявленія exceptio spolii: § 1 c. 1. De rest. spol. in Sexto II 5: [2])

Намъ важно здѣсь установить, что Иннокентій этимъ предписаніемъ увѣнчалъ трудъ свой согласованія правилъ-каноновъ съ правилами судебной практики.

Его декреталій точно ограничилъ свѣтскую отъ церковной области въ нашемъ институтѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣнивъ всякій поводъ къ дальнѣйшему ихъ смѣшенію. При этомъ однако exceptii spolio не утратила своего прежняго единства, и нельзя говорить, что она раздѣлилась на институтъ, входящій всецѣло въ церковную дисциплину и на институтъ, свойственный общему праву. Слѣдуетъ сказать

---

[1]) Innocent.—Commentaria fol. 90 № 4).

[2]) См. цитату выше, стр. 120).

лишь, что exc. spolii могла примѣняться, какъ по дѣламъ чисто церковнымъ, такъ и по дѣламъ строго гражданскимъ, причемъ была устранена всякая возможность коллизіи или смѣшенія между ними.

Послѣ Иннокентія IV exc. spolii продолжала свое примѣненіе въ жизни; но лишь ею болѣе не занимаются ни духовное, ни свѣтское законодательства; это само по себѣ является доказательствомъ того, какъ удачно Иннокентій IV регламентировалъ разсматриваемый нами институтъ.

Канонисты разсматривали exc. spolii какъ старый канонический институтъ, и продолжали примѣнять ее согласно съ правилами каноновъ и декреталій. Между тѣмъ цивилисты сдѣлали изъ нея процессуальное средство защиты, основанное на владѣніи, при томъ въ видѣ первоначальной защиты владѣнія, какъ предшественницу поссессорныхъ интердиктовъ, примѣненію которыхъ на данный случай она открывала дорогу. Такое мѣсто ея въ ряду всѣхъ многочисленныхъ средствъ защиты владѣнія, созданныхъ казуистикой среднихъ вѣковъ, хорошо отмѣчено у Hostiensis [1]).

«Hanc exceptionem credimus locum habere, sive quis sit spoliatus ita, quod ei competat interdictum, sive ei competat condictio ex decretalis, sive condictio ex legibus»...

Оставляя здѣсь въ сторонѣ ученіе объ exceptio spolii, какъ о такомъ институтѣ, который по немногу отошелъ на второй планъ въ практической жизни средневѣковья, мы обратимъ далѣе наше преимущественное вниманіе на actio. spolii, получившую такое крупное значеніе въ ученіи не только средневѣковаго церковнаго и свѣтскаго правъ, но перешедшую и въ законодательства позднѣйшаго времени.

Но прежде чѣмъ перейти къ изложенію хода развитія этого иска, постараемся выяснить *тѣ причины, которыя вызвали на свѣтъ установленіе exceptio spolii.*

Въ этомъ отношеніи Маасенъ замѣчаетъ, что Лже-Исидоръ предоставилъ право на exceptio лишь однимъ епископамъ, обвиненнымъ передъ синодомъ въ совершеніи престу-

---

[1]) Henricus de Segusio—Comment. vol. I, fol. 37 № 26.

пленій. Синодъ обязанъ былъ по представленіи возраженія возстановить споліату его status quo. Но допустить, чтобы еще и въ XII вѣкѣ синоды имѣли власть на совершеніе такихъ дѣйствій, не представляется возможнымъ, такъ какъ безспорно, тогда синоды такихъ правомочій (права судить епископовъ) уже не имѣли [1]). Это обстоятельство не ускользнуло отъ вниманія канонистовъ, изъ коихъ, напр., Ioh. Faventinus замѣчаетъ по поводу can. 2. C. III, qu. 1 verb. *ad synodum:*

«Responsuri de crimine; *antiquitus* etiam omnia in synodo a metropolitano et a compovincialibus episcopis celebrata examinari solebant» отмѣчая далѣе: «Nota quia, quod dicitur de episcopis spoliatis generaliter intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis».

Кромѣ того всѣ постановленія Лже-Исидора имѣютъ, какъ указалъ еще Bruns, характеръ, политической привилегіи, для защиты епископовъ. Однако такая привилегія въ XII вѣкѣ уже не имѣла никакого достаточнаго основанія для своего существованія. Поэтому, разъ не хотѣли обречь весь институтъ этотъ на отмѣну, необходимо было распространить его на все духовенство; что практика и сдѣлала. Въ тоже время, очевидно, не каждый судья, передъ которымъ обвинялась persona ecclesiastica, былъ въ состояніи помочь ей реституціей въ виду spolium'a. Поэтому и не оставалось ничего другого, какъ отдѣлить искъ отъ возраженія [2]).

Никто не станетъ отрицать, что эти указанныя Маасеномъ причины содѣйствовали возникновенію изъ remedium'a spolii древнихъ декреталій иска и возраженія въ цѣляхъ защиты status quo. Мнѣ думается однако, что не они были дѣйствительными причинами такой эволюціи въ правѣ.

Безспорно, въ XII вѣкѣ подъ вліяніемъ усиленія папской власти синоды перестали являться судебной инстанціей, которой были подсудны епископы; мало того, папы къ XII вѣку уже давно покончили съ такой привилегіей провинціальныхъ

---

[1]) Ср. Richter—Lehrbuch des Katholischen und Evangelischen Kirchenrechts 8 Aufl. 1886 § 45. S. 124, 125, § 206. S.S. 744, 749.

[2]) Maassen—cit, стр. 232.

синодовъ. Это ограниченіе власти синодовъ произошло уже ко времени, когда Граціанъ писалъ свои «dicta» и составлялъ сборникъ декреталій; однако и онъ продолжаетъ говорить о синодахъ и о подсудности имъ епископовъ, разсматривая remedium spolii по старому, съ Лже-Исидоровой на него точки зрѣнія.

Церковное законодательство было слишкомъ консервативно, слишкомъ боялось всякихъ новшествъ, чтобы само рискнуло создать изъ officium'a judicis, какъ привилегіи ограниченнаго класса лицъ (епископовъ), actio и exceptio spolii для защиты status quo всѣхъ клириковъ безъ исключенія. Въ этомъ отношеніи въ самой церкви и ея правѣ мы наблюдаемъ любопытное явленіе: въ то время какъ церковные каноны и декреталіи папъ упорно стремились поддерживать ученіе о remedium'ѣ spolii въ его чистомъ Лже-Исидоровомъ видѣ, канонисты далеко не удовлетворенные такимъ стремленіемъ права, сами на практикѣ старались проводить новыя воззрѣнія, и постепенно создали путемъ практическимъ ученіе объ actio и exceptio spolii, которое позднѣйшіе папы оказались вынужденными ввести въ декреталіи свои, подчиняясь требованіямъ жизни и практики ихъ времени.

Нужно помнить, что декретисты были свѣдующими не только въ каноническомъ, но равно и въ римскомъ правахъ, состоя въ тѣсной связи со школой глоссаторовъ. Занявшись разработкой нормъ каноническаго права, они, какъ знатоки римскаго права, неизбѣжно должны были толковать право каноническое на началахъ романистическихъ, что особенно проявилось въ дѣлѣ разработки каноническаго процесса. Въ этомъ отношеніи по крайней мѣрѣ уже одинъ изъ древнѣйшихъ канонистовъ—*Руфинъ* [1]) писалъ:

> «De actionibus non agit jus ecclesiasticum quia de his plenarie et sufficienter agitur in legibus. Amplectuntur sacri canones ea quae legibus continentur, nisi ipsis sint contraria» [2]).

---

[1]) Жилъ около средины XII вѣка, см. Schulte—cit. стр. 123.

[2]) См. Schulte—cit. Anhang S. 246.

Лже-Исидоръ и папы, стремясь путемъ remedium'a spolii охранять имущественный status quo въ интересахъ защиты епископовъ противъ самоуправства и самосуда мірянъ, не обращали вниманія на юридическую сторону создаваемаго ими института. Имъ было важно, преимущественной задачей ихъ здѣсь въ этой области было прекратить, по возможности, насиліе и самоуправство—и только. Иначе отнеслись къ вопросу канонисты, воспитанные на началахъ римскаго права. Имъ, знатокамъ послѣдняго, должно было показаться аномальнымъ старое соединеніе въ remedium'ѣ spolii двухъ различныхъ функцій въ рукахъ судьи. Справедливо замѣчаетъ Гёке—cit. стр. 89, въ этомъ отношеніи: «quum haec res (т. е. древній институтъ remedium spolii) jam in jurisconsultorum manus incideret, eadem forma quoque juris induere necesse est». Равнымъ образомъ имъ неизбѣжно должно было казаться необходимымъ уничтожить всякое смѣшеніе сакральной части института съ его мірской частью, т. е. отдѣлить въ немъ то, что отвѣчало спеціальнымъ условіямъ, въ которыхъ находились клирики и церковь, отъ того что̀, напротивъ, входило въ область права, общаго для всѣхъ гражданъ.

Въ этихъ цѣляхъ канонисты прежде всего обратили вниманіе на то обстоятельство, что уже и ранѣе бывали случаи, когда самъ епископъ-споліатъ in limine litis указывалъ на фактъ споліаціи, если судья ex officio не примѣнялъ remedium'a spolii. Воспользовавшись этимъ, они лишь установили *общимъ* правиломъ такой порядокъ производства, оставивъ однако exceptio spolii по прежнему спеціально каноническимъ институтомъ.

Реституція же, начиная съ перваго времени появленія института, представляла собою accessorium, какъ бы дополненіе къ послѣднему. Она довѣрялась судьѣ, его иниціативѣ, не столько въ цѣляхъ упорядоченія системы, сколько въ цѣляхъ утилитарныхъ, чтобы обезпечить успѣхъ возстановленія споліату его status quo, что́ явствуетъ изъ самихъ словъ Граціана, гдѣ говорится, что не достаточно платоническаго постановленія судьи, предписывающаго реституцію, но необходимо фактическое совершеніе послѣдней непосредственной личной дѣятельностью судьи. Отсюда ясенъ

выводъ, что хотя реституція и признавалась въ принципѣ необходимой, но не важно было, какимъ способомъ достигнута была она, ея фактическое осуществленіе.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, во времена декреталистовъ, или что то же хронологически—во времена глоссаторовъ, лучшимъ, болѣе разработаннымъ и точнымъ средствомъ полученія отнятой вещи обратно представлялись поссессорные иски (интердикты) на случаи violentia противъ насильниковъ, или a. metus—и противъ сторонняго владѣльца. Поэтому и не удивительно, что декреталисты, исходя изъ основной мысли высказанной Руфиномъ (см. выше), что церковное право само не создаетъ исковъ, но беретъ таковые изъ гражданскаго права, реципировали основныя начала этихъ римскихъ поссессорныхъ исковъ въ отношеніи remedium'a spolii, поддержавъ такимъ образомъ существованіе послѣдняго, который иначе теперь неизбѣжно утратилъ бы практическое значеніе. Въ то же самое время глоссаторы въ свою очередь переработали поссессорные иски такимъ образомъ, что стало возможно ихъ примѣненіе не только въ защиту вещей, но равно и въ защиту правъ. Эта реформа еще болѣе облегчила рецепцію тѣхъ же поссессорныхъ началъ и для remedium'a spolii, при помощи коего возстановлялось лицо не только въ матерьяльномъ имуществѣ, но и въ правахъ.

Конечно трудно опредѣлить, какое изъ этихъ двухъ новшествъ вліяло на другое, т. е. вліяло ли на ученіе глоссаторовъ новое примѣненіе интендиктовъ, сдѣланное канонистами, или наоборотъ, первое вліяло на послѣднее. Быть можетъ при постоянной и непрерывной связи и постоянномъ обмѣнѣ мыслей въ то время между канонистами и глоссаторами такое воздѣйствіе было у нихъ взаимнымъ.

Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ помнить, что даже древнѣйшіе декретисты очень хорошо знали римскіе источники права и были хорошо знакомы съ трудами глоссаторовъ, которые ими постоянно цитуются (ср. *Schulte*-Geschichte der Quellen und Litteratur der kanonischen Rechts B. I, § 21 S. 103), и исторія возрожденія постоянно показываетъ намъ въ юриспруденціи непрерывную и совмѣстную разработку глоссаторами и декретистами какъ нормъ римскаго права, въ при-

мѣненіи его къ услугамъ церкви, такъ равно нормъ каноническаго права на началахъ романистическихъ. Между прочимъ какъ результатъ ихъ совмѣстныхъ трудовъ и въ области нашего вопроса удалось провести въ каноническомъ правѣ созданіе изъ officium'a judicis къ срединѣ XII вѣка двухъ институтовъ, взаимно обособленныхъ—actio и exceptio spolii.

Такимъ образомъ не по формальнымъ причинамъ подбора Граціаномъ изъ Лже-Исидоровыхъ декреталій подходящихъ мѣстъ и не по приведеннымъ выше соображеніямъ Маасена, но скорѣе всего въ силу рецепціи нормъ римскаго права и развитія ихъ Болонской школой примѣнительно къ запросамъ ихъ времени возникли въ правѣ каноническомъ со второй половины XII вѣка, взамѣнъ древняго сложнаго officium judicis, настоящіе искъ и возраженіе, вполнѣ отдѣленные другъ отъ друга и направленные къ защитѣ владѣнія отъ его нарушеній.

Condictio ex canone Redintegranda.

Выше мы уже указали на то обстоятельство, что санкціонированное въ 1198 году папой Иннокентіемъ III отдѣленіе иска отъ exceptio spolii въ его знаменитомъ канонѣ «Cum dilectus» фактически существовало и признавалось уже первыми комментаторами Граціанова декрета; причемъ всѣ канонисты согласно стояли за допустимость исковъ о возстановленіи владѣнія споліату—но какихъ именно исковъ—этотъ вопросъ первое время оставался открытымъ.

Первоначально канонисты понимали это правило въ смыслѣ дозволенія возстановлять status quo при spolium'ѣ путемъ примѣненія здѣсь обычныхъ римскихъ средствъ поссессорной защиты.

Такъ Stephanus Tornacensis (отъ 1135—1203 г. см. Schulte—cit. S. 133) и за нимъ буквально Ioannes Faventinus (умеръ въ 1190 г. Schulte—cit. стр. 137) in c. I, C. II qu. 2 пишутъ:

> «Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes non per judicialem sententiam, sed per violentiam, unde et restituendi sunt per possessioria judicia, i. e. per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum» [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ однако явилась необходимость примѣнять иски о возстановленіи владѣнія не только въ случаѣ deposessionis violentae, но равно когда лишеніе владѣнія совершалось иными неправомѣрными способами (metus, dolus

---

[1]) См. Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage cit. стр. 231 прим. 8. Работа эта, почти исчерпывающе излагающая вопросъ за періодъ времени отъ 1150—1210 г., является здѣсь основой нашего изложенія.

напр.) Huguccio по крайней мѣрѣ [1]) уже прямо заявляетъ въ этомъ отношеніи по поводу c. 3, C. Ш. qu. I, что:

«Sive vi, sive metu, sive dolo adversarii, sive quacumque circumventione suis rebus quis privetur, debet restitui». [2]).

При этомъ однако оказалось, что далеко не всегда было возможно примѣнять римскія поссессорныя средства въ защиту противъ spolium'a. При послѣднемъ стало недостаточно интердиктовъ recuperandae possessionis, и было нужно прибѣгать къ другимъ дополнительнымъ искамъ, именно къ a. doli и a. quod metus causa. Но и при такой постановкѣ дѣла не всѣ случаи spolium'a оказывались защищенными исками. Прежде всего, одна a. quod metus causa давалась противъ всякаго третьяго владѣльца; интердиктъ же unde vi и actio doli давались въ защиту лишь противъ лица, виновнаго въ spolium'ѣ. Такимъ образомъ только въ одномъ случаѣ metus оказывалась возможность примѣнять remedium spolii съ успѣхомъ и противъ владѣльца вещи, не споліатора, въ остальныхъ же случаяхъ римское право такой защиты споліату не давало.

Huguccio сдѣлалъ попытку расширить область примѣненія интердикта unde vi и противъ 3-хъ владѣльцевъ, не самихъ захватчиковъ имущества споліата [3]). Однако такой пріемъ распространительнаго примѣненія римскихъ средствъ защиты оказался мало удобнымъ и успѣха въ канонической практикѣ не имѣлъ. Стѣсненные ясными и точными правилами

---

[1]) Умеръ въ 1210 году см. Schulte—cit. стр. 156, 161).

[2]) Maassen—cit стр. 235.

[3]) Hug. ad Decret. Grat. c. 6. C. III, qu. 1, praedoni:

«Quia secundum rigorem juris praedo est restituendus... Hoc verum est, ubi dominus rei rem illam vi abstulerit praedoni ex intervallo. Item est et si alius abstulit eam illi. Si tamen, cum abstulit eam (alius) a domino, praedo et dominus simul venerent ad repetendum, crederem tum ex aequitate dominum esse praeponendum et rei rem esse restituendam, quamvis de stricto jure videatur esse reddenda praedoni. Et hoc ad similitudinem ejus, quod dicitur de deposito. Ecce praedo mihi rem meam ablatam deposuit apud aliquem ignarum hujus facti, postea ipse repetit et ego, et licet de stricto jure videatur esse ei reddenda, mihi tamen potius debet restitui ex aequitate, ut f. depositi. Bona fides § incurrit". (Maassen—cit. стр. 237).

римскаго права канонисты не могли, безъ явнаго нарушенія послѣдняго, расширить область примѣненія котораго—либо изъ трехъ выше указанныхъ процессуальныхъ средствъ защиты, что между тѣмъ было необходимо въ интересахъ соотвѣтствія съ задачами remedium'a spolii.

Это обстоятельство вынудило канонистовъ пойти здѣсь инымъ путемъ; именно, они создали новый искъ, признавъ его основаннымъ на правилахъ канонической законодательства.

Исходнымъ, или вѣрнѣе опорнымъ пунктомъ здѣсь канонисты взяли канонъ. «Redintegranda» т. е. c. 3, c. III, qu I. декрета Граціана. Въ этомъ канонѣ говорилось въ общихъ выраженіяхъ: «Redintegranda sunt omnia expolialtis vel ejectis episcopis... per quascunque injustas causas res... perdidisse noscuntur». Metus, dolus, violentia были совершенно уравнены между собою въ этомъ постановленіи общаго характера, которое вмѣстѣ съ тѣмъ предписывало и возстановленіе владѣнія, у кого бы не находилась отнятая вещь въ моментъ иска—у самого насильника или у сторонняго пріобрѣтателя —безразлично.

По замѣчанію Маасена [1]) первое указаніе на измышленіе такого новаго иска канонической права имѣется въ «Summa» Сикарда Кремонскаго, [2]) гдѣ искъ этотъ называется—condictio ex canone:

Sicard. Cremonens. Summa c. II. qu 2:

«Expoliatur quis { per violentiam: Hic restituritur per interdicta, secundum leges, condictione ex canone, ut II. Qu. II. per sententiam: Hic restituitur officio judicis.»

Равнымъ образомъ Vincentius Hispanus, въ его Apparatus ad Compilationem III [3]). указываетъ на такой самостоятельный искъ [4]).

---

[1]) Sicardus Cremonensis умеръ въ 1215 г. см. Schulte—cit. I, стр. 143.

[2]) Maassen—cit. стр. 242.

[3]) Написанъ около 1216—1217 года. См. Schulte—cit. стр. 193.

[4]) Glossa Vincent. Hispan. in C. un. Comp. III. de ord. cognit. 2. 4 (C. 2 X. eod. 2. 1o) verb.: «judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere»:

«Quia non datur interdictum unde vi nisi contra dejectorem... Forte

Еще яснѣе говорится о новомъ искѣ въ Глоссѣ къ сборнику Граціана, которая, вытѣняя искъ этотъ изъ другихъ средствъ защиты владѣнія, не исключаетъ послѣднихъ, но указываетъ условія примѣненія каждаго въ отдѣльности. Glossa къ случаю C. III введеніе:

«Hoc autem scias quod quattuor sunt auxilia prodita, per quae petitur restitutio: actio, interdictum, condictio ex canone, judicis officium. Actione petitur restitutio, ut actione quod metus causa. Datur restitutio contra quemlibet possessorem.... Item actione de dolo petitur restitutio, et per illam non fit restitutio nisi contra illum, qui dolum fecit.... Item per interdictum datur restitutio contra illum solum, qui vim fecit.... Per condictionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem: ut extra de appel. C. Bonae memor. et extra eod. cap. Saepe, et infra C. Redintegranda. Item per judicis officium petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdidit rem suam, de qua agitur... et illa potest agi contra quemlibet possessorem».

Слѣдуя примѣру can. Redintegrauda, въ которомъ, какъ мы сказали выше, metus, dolus, violentia были совершенно уравнены между собою, канонисты въ дѣлѣ созданія новаго иска рѣзко отошли отъ нормъ римскаго права ad hoc. Именно, въ то время какъ Римляне создавали изъ violentia сложное понятіе, установивъ столько-же средствъ спеціальной защиты, сколько ими было признано видовъ понятія

---

latius patet restitutorium judicium leges, ut habeat locum etiam ubi metu quis perdit rem vel dolo, III. Qu. I. Redintegr. Tamen de hac materia notabo infra. De rest. spo. Cum ad».

Его же голоса in C. 5. Comp. III. de restit. spoliat, 2. 6. verb. „interdictum unde vi locum nullatenus habuisse“:

«Quia non datur nisi contra deiectorem... Latius tamen patet judicium possessorium secundum canones. Datur enim contra eum, qui dolum fecit vel metum intulit et qui vim fecit, III. qu. I Redintegranda... cum tamen legisto ibi habeant proprias actiones, scil. quod metus causa et de dolo et alias.. Nota secundum leges quod non datur unde vi contra deiectorem et quod metus causa edictum datur contra quemlibet, ad quem res pervenit, in qua metus illatus est»... Объ цитаты см. Maassen—cit. стр. 240.

violentia,—Канонисты стремились въ новомъ искѣ своемъ напротивъ, объединить эти всѣ различныя понятія въ цѣляхъ установленія, въ случаяхъ проявленія injustae privationis въ любой ея формѣ—безразлично одинаковую защиту интересовъ потерпѣвшаго однимъ и тѣмъ же новымъ искомъ. Канонисты исходили при этомъ изъ того соображенія, что какая бы ни была причина или форма споліаціи, она представляется одинаково неправой и нарушающей мирную жизнь въ обществѣ, а потому одинаково и необходимо, въ интересахъ общественности, подлежащей преслѣдованію въ цѣляхъ возстановленія фактическаго состоянія отношеній въ томъ ихъ видѣ, какъ было до момента injustae privationis. Въ виду этого основного соображенія канонисты сочли здѣсь безполезной римскую систематизацію исковъ по видамъ violentia, и объединивъ всѣ эти различныя формы послѣдней въ одно общее понятіе spolium'a, какъ нарушенія имущественнаго status quo безъ правомѣрнаго на то основанія, создали новый искъ ex can. Redintegranda именно въ цѣляхъ возстановленія этого status quo для лица, понесшаго spolium.

Такъ уже Глосса къ сборнику Граціана, указавъ съ полной опредѣленностью источникъ, изъ котораго заимствовано содержаніе новаго иска (канонъ Redintegranda), прямо говоритъ о примѣненіи новаго иска противъ всякаго владѣльца вещи, въ случаяхъ отнятія имущества по metus, dolus, violentia—безразлично.

Gloss. *aut dolo* къ c. 3, C. III, qu. 1:

«Cum autem canon aequiparet dolum, metum, vel violentiam, videtur, quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri».

Это же воззрѣніе ясно высказано и у Guido a Baysio [1]):

«Condictio ex c. Redintegr. generalis est, et locum habet qualitercunque quis rem amisit... Et nota, quod cum clericus dicit se amisisse rem, in casibus in littera non pa-

[1]) Archidiaconus—каноникъ XIII вѣка, въ его комментаріи къ c. Repintegranda.

tentibus secundum simplicitatem juris canonici petit restitui per officium judicis, et sic consuevit intelligi hoc c. Redintegranda».

И позднѣе канонисты категорически проводили то же правило, что искъ изъ c. Redintegranda, по выраженію Гоффреда «generalis est, qualitercunque et quomodocunque quis amiserit rem» причемъ ими понятіе spolium'a крайне обобщается и приравнивается ко всякой injusta causa omissionis, т. е. ко всякому неправомѣрному лишенію лица вещи [1]).

Какъ видно изъ приведенныхъ цитатъ, особенно изъ сочиненія Archidiaconus'a (Guido a Baysio), канонисты разсматривали еще первое время condictio ex. can. Redintegr. какъ удержавшую нѣкоторыя особенности своей прежней юридической природы, когда институтъ этотъ считался за officium judicis. Такого же воззрѣнія на этотъ искъ придерживался и Белламера, который замѣчаетъ:—

«Licet jure actionis petatur restitutio, tamen post sententiam ex officio judicis fit executio et realis restitutio» [2]).

Равнымъ образомъ Menochius отмѣчаетъ, что «potest enim (judex) si vult, *etiam spoliato non petente*, cogere spoliatorem ad possessionis restitutionem (ita Bellamera, Archidiaconus)» [3]).

У позднѣйшихъ канонистовъ указанія на такую особенность новаго иска мы не находимъ,

Послѣдствіемъ примѣненія такого иска являлось restitutio не только отнятыхъ предметовъ cum omnia causa, но

---

[1]) Goffredi—Summa in titulos Decretalium. De restit. spoliat. Venetiis 1570. fol. 87. Равно Hostiensis заявлялъ: «Et dicitur violentia committi, quoties quis id quod sibi debetur, non per judicem reposcit»; причемъ онъ, равно какъ Дюранъ, Кальдерини и др. прямо утверждалъ, что достаточно любой injustae causae omissionis для возможности предъявленія condictio ex can. Redintegranda (Henricus a Segusio (cardin. Hostiensis)—Aurea Summa; Venetiis 1531.—Comment. De restit. Spoliator. I; cap. 1, fol. 45, № 2).

[2]) Aegidius Bellamera—Commentaria ad Decretum. c. 3. C. III, q. 1. Lugdini 1550 fol. 165.

[3]) Jacobi Menochii.—De adipiscenda, retinenda et recuperanda poss. commentar. 1549. Venetiis. De recuper. possess. remed. XV.

равно плодовъ и доходовъ съ нихъ, т. е. какъ fructus percepti такъ и fructus percipiendi [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ канонисты тщательно отмѣчаютъ основную цѣль иска изъ c. Redintegranda—именно возстановленіе споліату его прежняго фактическаго состоянія; почему указываютъ, что рѣшеніе дѣла о spolium'ѣ путемъ нашего иска не вліяетъ нисколько на возбужденіе и рѣшеніе дѣла въ порядкѣ петиторномъ по тѣмъ же предметамъ между тѣми же тяжущимися. Такъ напр. Egidius Bellamera и Goffredus a Trano признаютъ это общимъ правиломъ при unde vi и при condictio ex canone Redintegranda [2]).

Въ виду того обстоятельства, что въ цѣломъ рядѣ случаевъ лицо, понесшее spolium, могло защищать свои интересы различными исками, напр. на основаніи unde vi, по конституціи Валентиніана II, или по condictio ex canone Redint., канонисты установили точное правило, которымъ запрещалась кумуляція исковъ. Въ этомъ отношеніи Menochius,

---

[1]) Goffredus a Trano—Summa in titulos Decretalium ed. 1586 p. 86—замѣчаетъ въ этомъ отношеніи:

«Restituenda sunt igitur omnia et in eo loco unde abscesserant funditus revocanda, si ad alia loca sunt translata, ut 3 qu. 1 ca. Redintegranda. Revocanda inquam sumptibus violenti... non tantum autem res ablatae veniant in restitutionem, sed et damna et fructus percepti a violento, et quae percipere potuissent a violentiam passo, si ei possidere licuisset... Item omnes commoditates et utilitates, quas habiturus et consecuturus fuisset a die ejectionis... Damna vero probabuntur per juramentum ejecti». Cp. Hostiensis—Aurea Summa—cit. fol. 98.

[2]) Egidius Bellamera—Consilia edit. Venetiis 1579; consilium II, § 14 pag 20; см. Goffredus a Tranc—Summa in titulos Decretalium Venet. 1586; De causa possession. et propriet. pag. 85:—

„Item pone quod egi contra te interdicto unde vi, vel condictione ex illo canone Reintegranda, restitutitur mihi possessio, nunquid haec sententia oberit violento in quaestione proprietatis, ut victus in possessione non possit agere contra me de proprietate? Respondeo, non puto hos fieri posse ex vi interdicti seu condictionis ex canone, quia haec nudam possessionem avocant".

Тотъ же взглядъ высказанъ у Hostiensis (Henr. a. Segusio cardinalis Hostiensis—Aurea Summa edit. Venetiis 1531 p. 94).

слѣдуя мнѣнію Socinus'a, запрещаетъ такую кумуляцію, указывая: [1])

De recuper. possess. Remed. XV:

«Quia cum plures sunt actiones, seu plura remedia, quae ad unum tendunt finem, unum tantum est ex multis eligendum».

Такимъ образомъ разъ споліатъ, вчиналъ искъ на основаніи канона Redintegranda, онъ уже не могъ начинать снова дѣло о томъ же, ссылаясь на unde vi или иной кумулирующій съ Redintegranda искъ.

Что касается субъективныхъ условій примѣненія cond. ex c. Redintegranda, то въ канонической практикѣ довольно долгое время оставался невыясненнымъ, или скорѣе спорнымъ, вопросъ о томъ, примѣняется ли этотъ искъ лишь въ цѣляхъ возстановленія владѣнія (possessio), или можно также и держателямъ (detentores) защищать свое пользованіе вещами путемъ того же иска.

Въ этомъ отношеніи можно подмѣтить, что первоначально канонисты шли *противъ* такого распространительнаго примѣненія нашего иска. По крайней мѣрѣ глосса къ декрету Граціана не допускала примѣненія этого иска въ случаяхъ detentio, куда она относила владѣніе sub condicione, precario, владѣніе колона и отъ имени другого лица.

Такого же мнѣнія были между прочимъ Goffredus a Trano и Дюранъ; мало того, они добавили еще нѣсколько случаевъ исключенія возможности примѣненія cond. ex c. Redintegr. къ случаямъ, извѣстнымъ глоссѣ. Такъ Goffredus [2]) указываетъ: «Item si is, qui dicit, se dejectum, non habuit possessionem juris». Дюранъ [3]) прямо исключаетъ примѣненіе этого иска «cum spoliatus non habuit veram possessionem, sed solam detentationem». При этомъ однако онъ же

---

[1]) Menochii. De adipiscenda, retinenda et recuperanda poss. commentarii Venet. 1549. Того же мнѣнія Durandus—Speculum juris 1556. Lugdini. p. 79, 80.

[2]) Goffredi—Summa fol. 86.

[3]) Durantis—Speculum judiciale Taurini. 1578. l. VI, p. I. De petitionibus et possessionibus et spoliis fol. 87.

даетъ cond. ex canone Redint. въ защиту depositar'a и commodatar'a [1]).

Позднѣе однако церковная практика упорно стремилась распространить новое средство защиты status quo и на простого держателя, чего въ концѣ концовъ и достигла. По крайней мѣрѣ уже у Iohannes Andrea de St. Georgio (praepositus) въ его Commentar. super decretorum volumina, Venetiis 1579 fol. 123, 124, 125 мы чатаемъ:

> «In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis, pronunciant restituendo taliter agentem»...

Дальше авторъ замѣчаетъ, что такая практика не противорѣчитъ и слову «suas» въ can. Redintegranda: «Quod hic capitur verbum *suas* late etiam respectu detentationis. Ideo et depositarius et commodatarius, cui res deposita aut commodata aufertur, potest pro recuperatione uti remedio hujus canonis. Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium, nec possessionem, sed meram detentationem, competit hoc remedium».

Вмѣстѣ съ тѣмъ канонистами вырабатывается замѣчательное правило касательно условій примѣненія a. spolii, въ силу котораго право на такой искъ давалось всякому, кто только ранѣе, хотя бы одинъ моментъ, владѣлъ или былъ держателемъ вещи до перехода ея въ руки отвѣтчика. При этомъ уже на отвѣтчика возлагалась обязанность доказыванія, что истецъ выпустилъ вещь добровольно изъ своихъ рукъ.

Здѣсь каноническая практика въ вопросѣ о способахъ доказыванія совершенно отклонилась отъ правилъ римскаго права, созданныхъ тамъ, напр., въ отношеніи unde vi. При искѣ изъ can. Redintegranda не требовалось, чтобы истецъ доказывалъ наличность владѣнія (или держанія) въ моментъ

---

[1]) Durantis - Speculum juris p. II ed. 1556 г. стр. 80. Того же возврѣнія были: Jo. de Dio—Cavillationes IV, 6 № 5 въ добавленіи къ Speculum Дюрана: t. II, fol. 76; Io. Andrea—Additiones ad Durantis Speculum juris. T. de restit. Spoliator; Menochius—De adipiscenda, retinenda, et recuper. poss. Commentarii 1549 г. Butrius—Commentar. de restit. spoliatorum. c. 18. Venetiis. 1578 fol. 140.

spolium'a и фактъ послѣдняго. Взамѣнъ того, подъ очевиднымъ вліяніемъ правилъ германскаго права, создана была здѣсь презумиція за болѣе раннимъ владѣльцамъ, т. е. презумція, по которой признавался законнымъ владѣльцемъ болѣе ранній владѣлецъ, а фактическій обладатель вещи въ данный моментъ—владѣльцемъ незаконнымъ (violenter), пока ему не удастся доказать законный способъ своего пріобрѣтенія по волѣ на то прежняго владѣльца вещи.

Думается намъ однако, что такая практика въ распредѣленіи доказыванія возникла среди канонистовъ не сразу, и первое время, именно въ эпоху увлеченія, совмѣстно съ глоссаторами, возрожденнымъ для науки римскимъ правомъ, *вѣроятно* здѣсь канонисты слѣдовали общимъ правиламъ о распредѣленіи обязанности доказыванія между сторонами, какъ это было создано римскими юристами для интердикта Unde vi. По крайней мѣрѣ первыя по времени указанія на такую презумпцію законности владѣнія за болѣе раннимъ владѣльцемъ имѣемъ мы лишь въ комментаріѣ Иннокентія IV, гдѣ онъ говоритъ:

«Si aliquis possideat bona fide, et alius eandem possessionem occupat bona fide nisi constiterit priorem bonae fidei possessorem juste possessionem amisisse, fiet ei restitutio possessionis, etiam non probata spoliatione» [1]).

Современникъ Иннокентія IV Hostiensis, говоритъ объ этомъ правилѣ, уже обобщая его примѣненіе:

«Is qui probat se semel possedisse, adhuc praesumitur possidere nisi contrarium probetur, nam constat nos possidere donec aut nostra voluntate discesserimus, aut dejecti fuerimus... nam et si dicam quod nunquam habui animum omittendi possessionem credendum est magis mihi quam alii» [2]).

---

[1]) Innocentii IV—Commentaria in V libr. Decret., Taurini 1581, fol, 98. Укажемъ здѣсь кстати, что Дюранъ не зналъ этого правила, и въ tit. de restit. spoliat. № 13 своего Speculum juris требуетъ отъ истца доказательства факта spoliationis.

[2]) Henr. a Segusio (Hostiensis)—Summa Aurea—Commentar. de restitut. spoliator. fol. 57. Брунсъ (Bruns въ Jahrbuch des gemeinen Deutsch. Rechts B. IV, S. 59) утверждаетъ, что Hostiensis не признавалъ еще этой

Равнымъ образомъ Iohan. Anton. de St. Georgio [1]) заявляетъ о необходимости защиты status quo ante за всякимъ лицомъ, хотя бы владѣвшимъ вещью одинъ лишь моментъ:

«In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis pronunciant restituendo taliter agentem ad statum quem in re prius habebat, etiam si momento habuisset, vel fuisset in illo statu».—И замѣчаетъ далѣе, что по новому иску, въ отличіе отъ unde vi, не нужно доказывать spolium и владѣніе вещью въ моментъ spolium'a.

Bruns (cit. S. 229), ссылаясь на заявленіе Барбація считаетъ Иннокентія IV установившимъ это правило [2]): Намъ представляется однако болѣе правдоподобнымъ утвержденіе Heusler'a (Die Gewere стр. 320), что правило это—не выдумка Иннокентія IV, но что оно имѣло уже твердые корни въ жизни церковной того времени; иначе невѣроятно предположить, чтобы основываясь на немногихъ словахъ Инно-

---

презумпціи, такъ какъ онъ въ комментаріи къ c. 12 того же титула (cit. № 33, fol. 53) самъ пишетъ—„is qui petit restitui, habet necesse probare duo, scilicet se spoliatum; sed istud non sufficit, nisi et probet secundum, scilicet se possedisse tempore spoliationis".

По поводу этого мѣста замѣтимъ, что прежде всего оно не стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ мѣстомъ, приведеннымъ въ текстѣ книги, ибо здѣсь Hostiensis не настаиваетъ на лишеніи защиты искомъ ex can. Redintegranda того, кто доказалъ только свое болѣе раннее владѣніе; онъ лишь отмѣчаетъ, что для выигрыша дѣла истцу мало доказать одинъ фактъ spoliatio, оставивъ недоказанными ни своего болѣе ранняго владѣнія, ни своего владѣнія во время spolium'a. Безспорно, извѣстная „шероховатость" неточность выраженій у Hostiensis есть, но она не ослабляетъ значенія *общаго* правила касательно распредѣленія onus probandi и презумпцій, какъ оно высказано имъ въ приведенной нами цитатѣ изъ его сочиненія.

[1]) Iohan. Anton. de st. Georgio– Commentar. super decretum C. III qu. 1 c. III, fol. 123, 125. № 12.

[2]) „Et sic sentit (Innocent. IV) apetrissime, quod non incumbat actori onus probandi, se injuste perdidisse possessionem, sed praesumitur, quod injuste amiserit eo ipso *quod non probatur contrarium*. Item Io. Calderini in c. 15 de restit. spol. ubi dicit, utilius agi ex c. Red. quam ex c. 18, quia ubi actor probare debet, quod possessor scienter successit in vitium, in c. Red. nonnisi possessionem se perdidisse; injustitia enim praesumitur, quia quilibet praesumitur diligens in facto suo. Barbatii IV, 23".

кентія IV, наука XIV вѣка могла выставить правило, такъ мало согласующееся съ нормами реципируемаго тогда римскаго права. По всей вѣроятности, Иннокентій подмѣтилъ это правило въ практикѣ, у юристовъ и канонистовъ и далъ ему лишь точную и ясную формулировку.

Въ позднѣйшемъ правѣ (съ XIV в.) громадное большинство писателей канонистовъ признавало допустимость Redintegranda въ защиту и недобросовѣстнаго владѣльца:

«Et quod dixi generaliter restituendum spoliatum esse. in tantum verum est. ut non obstet exceptio criminis», замѣчаетъ по этому поводу Goffredus [1]).

Что касается пассивнаго субъекта иска ex canone Redintegranda, то таковымъ *по общему правилу* признавался всякій, кто владѣлъ споліированнымъ имуществомъ въ моментъ предъявленія къ нему этого иска. Другими словами, отвѣтчикомъ въ Reditengranda могъ быть не только одинъ spoliator непосредственно, но равно всякій и третій владѣлецъ. Такъ по крайней мѣрѣ учило большинство декреталистовъ. De Ferrariis, напримѣръ, писалъ «Communis decretalistarum opinio est, quod sic: sive sit bona fide, sive cum titulo, sive sine titulo possessor» [2]). Мнѣніе это однако не было безспорнымъ. Нѣкоторые изъ канонистовъ допускали примѣненіе Redintegranda лишь противъ spoliator'a и malae fidei possesor'a. Такъ Bellamera пишетъ:—

«Quaeritur utrum beneficium hujus canonis habeat locum contra tertium possesorem qui habet bonum titulum et bonam fidem, et qui scienter in alterius vitium non succedit. sed potius ignoranter. Et videtur quod non, quia ille qui fortius jus allegat in judicio obtinere debet».

И добавляетъ далѣе:

«Non obstat, si dicatur quod agenti possessorio quaestio proprietatis opponi non potest», т. к. это правило имѣло силу лишь въ случаѣ, когда собственникъ самъ совершилъ spolium.

---

[1]) Goffedi a Trano—Summa in titulos Decretalium Venet. 1585 p. 85; См. тоже у Io. Ant. di St. Georgio—Commentar. fol. 125.

[2]) Petrus-de Ferrariis—Practica aurea; Lugdini 1579 p. 393; см. Delbrück—Die dinglichen Klagen S. 162.

Дюранъ прямо не признавалъ за споліатомъ права на Redintegranda, «cum a malae fidei possessore res pervenit ad verum dominum» [1]).

Вопросъ о срокѣ, въ теченіи котораго, считая со времени совершенія spolium'a, возможно было предъявлять Redintegranda, остался очень слабо выясненнымъ канонистами. Можно сказать даже, что по этому пункту communis opinio среди нихъ такъ и не установилась. Большинство согласно точному смыслу словъ канона Redintegranda считало этотъ искъ за actio perpetua, давностью, въ отличіи отъ unde vi, не погашавшимся. Такъ Goffredus a Trano заявляетъ категорически, что «condictio ex illo canone Redintegranda perpetuo datur et ad omnia condicione temporis, captivitate, dolo aut violentia non obstante, ut in eodem canone continetur». Но рядомъ съ нимъ другіе писатели настаивали на примѣненіи здѣсь 30-40 лѣтней общей исковой давности. Своеобразный взглядъ по этому поводу мы находимъ между прочимъ у Archidiaconus'a. [2]) Этотъ писатель ставитъ примѣненіе давности при Redint. въ зависимость отъ того, велось ли дѣло ad rem или ad paenam, и только въ послѣднемъ случаѣ признавалъ, что «nulla condictio temporis tollere possit istud remedium».

Относительно объекта защиты должно сказать, что таковымъ при Redintegr. канонисты, въ отличіе отъ int. unde vi, признавали какъ недвижимости, такъ и движимости. Въ этомъ отношеніи Goffredus писалъ [3]):

«Spoliatio est possessionis rei immobilis violenta et injuriosa dejectio, vel mobilis rei ablatio».

И далѣе:

«Generaliter restituendus est quilibet ab alio quam suo judice spoliatus».

Того же мнѣнія были Durantis, Menochius, Socinus, Ripa, Didacus и др.

---

[1]) Durantis Speculum judiciale lib. II p. 1 De restitut, Spolat. Taurini 1578 fol. 87.

[2]) Jo. Ant. de S. Georgio-Comentar. C. III. № 15, fol. 125.

[3]) Goffredi—Summa in titulos decretalium 1586 fol. 85.

Вмѣстѣ съ тѣмъ condictio ex can. Redintegranda давалась въ защиту не только вещей движимыхъ и недвижимыхъ, но равно въ цѣляхъ возстановленія нарушеннаго осуществленія всякаго рода правъ. По крайней мѣрѣ уже глосса къ декрету Граціана замѣчаетъ въ этомъ отношеніи, по поводу c. 5. C. II. qu. 2, слѣдующее:

«Omnia jura etiam incorporalia... et etiam communio hominum est restituenda, si est injuste excommunicatus vel suspensus, quia verbum restituendi plenam et perpetuam habet significationem».

И дѣйствительно, разсматривая источники каноническаго права, мы видимъ здѣсь упоминанія о spolium'ѣ самыхъ разнообразныхъ правъ и о примѣненіи для возстановленія осуществленія ихъ cond. ex c. Redintegranda.

Исходной точкой канонистамъ для такого распространенія области примѣненія Redintegranda служили два обстоятельства. Прежде всего уже по правиламъ Лже-Исидоровыхъ Декреталій remedium spolii, какъ officium judicis, давался въ цѣляхъ возстановленія сполiированному всего отнятаго у него имущества, т. е. въ составѣ и вещей и *правъ*—безразлично. Вмѣстѣ съ тѣмъ и глоссаторы, реципируя римское право, стали распространительно толковать возможность примѣненія интердикта Unde Vi, допустивъ его, какъ interd. utile въ защиту владѣнія различными правами [1]).

Воспользовавшись этими „прецедентами", канонисты, разрабатывая ученіе о новомъ искѣ, съ большей увѣренностью распространили его примѣненіе въ области защиты правъ.

Въ источникахъ церковнаго права мы имѣемъ указанія на примѣненіе Redintegranda въ случаяхъ spolium'а самыхъ разнообразныхъ правъ. Мы приведемъ здѣсь лишь главнѣйшіе случаи [2]).

1) Искъ изъ канона Redintegranda примѣнялся въ случаяхъ самовольнаго нарушенія (spolium) духовнаго званія

---

[1]) См. С. Никоновъ.—Развитіе защиты владѣнія... стр. 161 слѣд.

[2]) Подробности объ этомъ см. Bruns—cit. §§ 24, 25, 26.

или церковной должности, напр., епископской, архидіаконской и др. [1]).

2) Въ случаяхъ нарушенія особенныхъ спеціальныхъ правъ на почетъ и внѣшніе знаки отличія [2]).

3) При spolium'ѣ правъ на духовную власть надъ общиной, монастыремъ, церковью [3]).

4) Въ случаяхъ самовольнаго нарушенія правъ патроната и выбора себѣ помощниковъ по церковной службѣ [4]).

5) Когда spolium проявился въ отношеніи бенефицій, пребендъ, приходскихъ правъ, въ особенности права на сборъ десятины [5]).

6) При нарушеніи правъ семейственныхъ, въ особенности правъ брачныхъ [6]).

---

[1]) Указаніе на это въ источникахъ имѣется въ c. 37 X. di offic. jud. del. I 29:—

„Episcopum restituere faceret ad episcopatum et ad alia, quibus fuerat indebite spoliatus".

[2]) Напр., C. 1 X. Ut lite pendente II 16.

„Coram nobis querimoniam deposuisti, asserens, quod te de possessione huius rei (per totam Angliam ante se crucem deferre).... ante cognitionem judicii spoliassemus".

[3]) Напр., c. 2 De testibus et attestationibus, in Sexto II. 10:—

„Abbas et conventus (Св. Николая) se ab ipsis priori et conventu de Paldigen possessione subiectionis eiusdem prioratus asserunt spoliatos".

[4]) См. 24 X. De election. 1, 6:

„Procurator petebat ab eodem episcopo restitutionem tam super libertate liberi eligendi sibi praelatum, quam etiam super.... aliis, quibus omnibus pars sua spoliata fuerat". См. C. 3 X. Ne sede vacante III. 9.

[5]) См. c. 7 X. de restit. spoliat. II, 13:

„quia..... non decet... clericos... suis beneficiis spoliare... clerico praefatam ecclesiam cum reditibus inde perceptis restituas„; или по поводу spolium'a десятины—c. 13 X. de restitut. spol. II. 13—„Nec... afflictuum et pensionum possessio poterat tibi restitui quia ea non fueras spoliatus". См. еще c. 22 X. de offic judic."

[6]) Напр. C. 13 X. de restit. Spoliat. II. 13—„Decretalem epistolam bonae memoriae Lucii papae praedecessoris nostri..., arguentis quosdam judices delegatos, qui, restitutionem viri, qui sine judicio ecclesiae uxorem dimiserat, et ei consanguinitatem postmodum opponebat, spoliatae ac

Интереснѣе всего здѣсь представляется для насъ то обстоятельство, что всюду въ указанныхъ выше sub 1—6 случаяхъ источники, говоря о возстановленіи споліату его прежняго состоянія, разумѣютъ здѣсь возстановленіе потерпѣвшему именно его владѣнія; причемъ для означенія послѣдняго примѣняютъ терминъ possessio [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ здѣсь тщательно обособляется поссесорный порядокъ защиты отъ петиторнаго, и предписывается совершать restitutio spoliatorum «salva quaestione proprietatis» [2]).

На эту особенность каноническаго права обратили вниманіе еще глоссаторы. Уже Azo въ своихъ Quaestiones замѣтилъ, что «de subtilitate canonum potest intendi possessorium pro quolibet jure» (Landsberg-cit. S. 80). Позднѣе писатели стали даже указывать на такое распространеніе поссессорной защиты на право, какъ на отличительную черту каноническаго права сравнительно съ правомъ римскимъ. Такъ Roffredus Epiphanius Beneventanus въ VI части книги своей—Libellus de jure canonico [3]) въ этомъ отношеніи пишетъ:

«Quia quis aliquando spoliatur possessione vel quasi jurium, de quo plena notitia juris civilis non habetur, sed bene discutitur jure canonico, ideo de hac materia videamus; nam jure civili fuit quaesitum, an possét quis juribus

---

repetenti coniugem denegabant, et mandantis, sibi prius restitui taliter spoliatam, et postea de matrimoniali causa cognosci".

Савиньи—cit. § 49 не признавалъ здѣсь распространенія дѣйствительной поссессорной защиты на семейныя права. Но уже фактъ самый нахожденія мѣстъ касательно ихъ въ титулѣ de restitutione spoliatorum, равно какъ примѣненіе словъ—possessio, spoliare, restituere, possessorium, въ техническомъ смыслѣ, т. е. именно такъ же, какъ ихъ употребляютъ въ отношеніи правъ на бенефиціи, и т. п.,—все это ясно подтверждаетъ, что и за семейными правами здѣсь въ такой же мѣрѣ признавалась поссессорная защита. Это ясно указалъ Bruns—cit. стр. 191 слѣд.; того же мнѣнія Meischeider—Besitz und Besitzschutz § 87 стр. 395; Randa—Der Besitz § 24 стр. 519 прим. 6 и др.

[1]) См. напр., C. 17 X. de restit. spoliat.

[2]) C. 24 X. de election. I 6; Ср. C. 6 X. de arbitris I, 43.

[3]) Написанной для папы Григорія IX, см. Schulte—Die Geschichte der Quellen etc. II, § 17, S. 75; Bruns—cit. S. 237.

spoliari, et non videtur. Jure tamen canonico, secundum quod de aequitate, et non de subtili juris rigore proceditur, quis dicitur spoliari juribus vel quasi spoliari, ut competat restitutio, vel quasi».

Нѣкоторыя особенности представляли собою случаи spolium'a неразрывно связанныхъ съ саномъ церковнымъ или должностью правъ на извѣстныя почести или на доходы, напр. на сборъ одной десятой части доходовъ мірянъ. Здѣсь лицо, повинное совершить опредѣленную praestatio извѣстному субъекту какъ носителю духовнаго сана или званія (напр. внести «десятину»), если совершало такую praestatio въ пользу третьяго лица, по настоянію послѣдняго, какъ требовавшаго оказанія себѣ тѣхъ же знаковъ вниманія, какія присвоены были споліату,—этимъ освобождалось отъ своей обязанности передъ дѣйствительно управомоченнымъ лицомъ. Послѣднему (споліату) оставался лишь одинъ путь, именно обратиться съ требованіемъ противъ споліатора—третьяго лица о restitutio spoliatorum въ свою пользу [1]).

По этому поводу Брунсъ замѣчаетъ, что согласно правиламъ римскаго обязательственнаго права третье лицо никогда не могло вмѣшиваться въ отношенія контрагентовъ; оно могло препятствовать кредитору получить удовлетвореніе по обязательству, или должнику—мѣшать выполненію послѣдняго или требовать уплаты не кредитору а себѣ самому;—однако это все не вліяло на установленныя отношенія между контрагентами обязательства. Другими словами, кредиторъ имѣлъ искъ *изъ обязательства* только противъ должника, какъ въ случаѣ, когда послѣдній не выполнялъ обязательства по своей на то волѣ, такъ равно когда неисполненіе такое наступало, благодаря vis или dolus третьяго лица (Bruns cit. S. 214 fg.). По каноническому праву, напротивъ, въ области десятинъ, кредиторъ имѣлъ петиторный и поссессорный иски только противъ 3-го лица. Брунсъ пола-

---

[1]) Указанія на такой именно порядокъ удовлетворенія споліата имѣются въ c. 9 X. De decimis III. 30 и Can. 15. Comp. I. De decimis IV. 26. Edit. Friedberg—Quinque compilationes antiquae p. 36. См. Bruns—cit. S. 216 fg.

гаетъ, что эта особенность каноническаго права зависѣла отъ свойствъ десятины, разсматриваемой не какъ родовая praestatio, но какъ опредѣленный объектъ, который отдавался одинъ только разъ; причемъ право на praestationes reales или на десятину разсматривались какъ «quid», которое такимъ же образомъ, какъ res corporalis, могло законно или незаконно переходить изъ рукъ въ руки, давая такимъ образомъ мѣсто и поссессорному иску.

По поводу указанныхъ замѣчаній Брунса отмѣтимъ прежде всего, что у насъ нѣтъ никакихъ данныхъ признавать десятину за родовую praestatio; но если даже принять такое толкованіе, все же остается невыясненнымъ, почему искъ не давался должнику, понесшему, собственно говоря, spolium, противъ третьяго лица.

Дѣйствительно, средневѣковые юристы придерживались въ разсматриваемомъ случаѣ взгляда о допустимости вещнаго основанія въ отношеніи десятины и другихъ praestationes. По крайней мѣрѣ указанія на это имѣются уже у Azo. Этотъ глоссаторъ возражаетъ противъ возможности защиты, при помощи поссесорныхъ средствъ, praestationes personales; а по поводу десятины, обособляя ее отсюда, замѣчаетъ—«Licet aliud dicat in decimis et in jure patronatus, quod magis versatur circa res certas» [1]).

Такое «овеществленіе» канонистами десятины и другихъ правъ на различныя praestationes, связанныя съ обладаніемъ извѣстной церковной должностью или саномъ, думается намъ, скорѣе всего объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что самый вопросъ этотъ разсматривался ими не съ точки зрѣнія обязательственныхъ отношеній. Здѣсь, напротивъ, канонисты рѣшали вопросъ съ той старой точки зрѣнія, какой придерживался еще Лже-Исидоръ; именно, всѣ эти бенефиціи, десятины, права патроната и т. п. продолжали разсматриваться ими, какъ составныя части, какъ принадлежности извѣстнаго сана или духовнаго званія; почему неисправность въ выполненіи ихъ, наступившая по злой волѣ на то третьяго лица, признавалась дѣйствіемъ послѣдняго, направленнымъ про-

[1]) Landsberg–cit. S. 80.

тивъ носителя этихъ прерогативъ—духовнаго владыки, нарушеніемъ его покойнаго обладанія саномъ и связанными съ нимъ прерогативами матерьяльнаго и нематерьяльнаго свойства; а отсюда, при патримоніальномъ воззрѣніи на духовное званіе и санъ, за turbatio possessionis, за spolium. Духовный владыка считалъ себя при этомъ *хозяиномъ* паствы, и къ такимъ поступкамъ третьихъ лицъ относился какъ къ нарушеніямъ покойнаго воздѣйствія своего на пасомыхъ «овецъ».

Подобная матерьялизація отношеній иного типа вообще была свойственна юридическому міросозерцанію канонистовъ. Съ нею же мы встрѣчаемся, наприм., въ области брачныхъ отношеній. Такъ Roffedus далъ очень характерное объясненіе, почему нельзя было примѣнять int. unde vi для охраненія мужу совмѣстной жизни съ женою, а давался искъ изъ канона Redintegranda. Какъ объясняетъ Роффредъ, причиной этого было запрещеніе римскаго права примѣнять int. unde vi... къ движимостямъ!...

«Illud locum habet, quotiens pro re immobili restitutio petitur; *uxor autem non est res immobilis, sed potius mobilis vel se movens*» [1]).

Какъ въ отношеніи бенефицій, десятинъ и другихъ подобныхъ имъ praestationes, такъ равно въ области брачныхъ отношеній, для успѣха проведенія защиты противъ spolium'а этихъ правъ, большинство канонистовъ требовали отъ истца «colorare possessionem». Другими словами, при этомъ требовалось, чтобы истецъ, не доказывая своего права по существу, все же подтверждалъ свое владѣніе ссылкой на титулъ, по которому онъ владѣніе свое пріобрѣлъ. Такъ Bellamera, замѣчая, что необходимость доказывать титулъ владѣнія, въ цѣляхъ лучшаго вытѣненія (colorare) послѣдняго, признана на практикѣ лишь для случаевъ, когда имѣютъ цѣлью вернуть себѣ «possessionem beneficii ecclesiae vel uxoris», далѣе даетъ и объясненіе этого требованія, указывая что эти отношенія изъ области публичнаго права, не могутъ быть пріоб-

---

[1]) Bruns—cit. S. 240.

рѣтаемы дѣятельностью частныхъ лицъ, но лишь предоставляемы лицу актомъ пожалованія отъ высшихъ властей.

«Quia absque titulo non potest ibi haberi possessio colorata, nec possessio quae debeat aliquos juris effectus habere; quia talia, quae juris publici sunt,... propriis actibus nostris nobis acquiri non possunt, nec haberi valent, nisi ex concessione alicujis superioris specialis, et alia publica et maiori administratione jus hoc concedenti habente» [1].

Касательно способа colorare possessionem Белламера замѣчаетъ, что какъ для бенефицій, такъ и въ случаяхъ брачныхъ споровъ «sufficit titulum probare summarie» (Bellamera-cit. pag. 32), такимъ образомъ, добавляетъ онъ, чтобы не затрогивать при этомъ различія петиторнаго и поссеесорнаго исковъ.

И Cassadorus утверждаетъ, что «in materia beneficiaria non debet agens probare titulum, sed justificare possessionem ex titulo, vel aliter colorare» [2].

Мы думаемъ, требованіе такое о coloratio possessionis въ указанныхъ случаяхъ вызвано главнымъ образомъ тѣмъ обстоятельствомъ, что канонисты признавали невозможнымъ и нетерпимымъ, по соображеніямъ религіознымъ или политическимъ, допускать, а тѣмъ болѣе защищать фактическое осуществленіе содержанія означенныхъ правъ за такими лицами, которыя не управомочены на это. Такимъ образомъ противоестественнымъ казалось правовѣрному канонисту, чтобы, напр., не епископъ, законно поставленный и избранный, получалъ бенефиціи или десятины со своей епископіи, такъ же неестественно, какъ если бы мірянинъ сталъ служить мессу. Фактическое же осуществленіе содержанія супружескихъ отношеній для лицъ, на то „не управомоченныхъ“ было прямо грѣховнымъ дѣломъ, церковью и ея правилами возбраняемымъ, и покровительствовать такимъ лицамъ, давая имъ исковую защиту путемъ Redintegranda было бы нарушеніемъ основныхъ церковныхъ правилъ о бракѣ.

---

[1] Bellamera—Sacrosanctae decisiones canonicae. Conclusio XVII. Venet. 1599 p. 7.

[2] Cassadorus—Sacrosanctae decisiones canonicae. De restit. spoliator. Venetiis 1559 pag. 288.

По этому то, вѣроятно, канонисты и рѣшили ввести на такіе деликатные случаи защиты владѣнія правами требованіе о colorata possessio, какъ необходимомъ условіи примѣненія здѣсь Redintegranda. Такой добавкой они спасали общее правило о допустимости примѣненія послѣдней въ защиту владѣнія правами и въ то же время избѣгали «соблазна» въ отдѣльныхъ случаяхъ, гдѣ полная свобода примѣненія этого иска повела бы за собою нарушеніе основныхъ правилъ церковнаго права.

Обращая вниманіе на необычайное, сравнительно съ римскимъ правомъ, расширеніе области примѣненія защиты владѣнія въ правѣ каноническомъ, въ области обязательственныхъ отношеній, Брунсъ приписываетъ это особенному характеру каноническаго права, какъ независящаго отъ мѣста и времени. Подобно тому, пишетъ Брунсъ, какъ церковь, не отождествлялась ни съ однимъ народомъ, но существовала внѣ ихъ обособленной жизнью, точно также и право церкви не смѣшивалось съ теченіями національной жизни какого либо народа, но основывалось на теоретической абстракціи, именно на правѣ римскомъ, изолированномъ отъ римской жизни. Самая разработка права здѣсь совершалась съ доктринальной строгостью, безъ возможности даже какихъ либо недоразумѣній и путаницы, зависящихъ отъ различныхъ обстоятельствъ и условій практической жизни; поэтому и выработанныя здѣсь нормы изъ области правъ имущественныхъ, личныхъ и семейныхъ вышли отвлеченными, безпочвенными понятіями, которыя или совсѣмъ не примѣнимы въ положительныхъ законодательствахъ отдѣльныхъ народовъ, или хотя и примѣнимы, но лишь съ большимъ трудомъ [1]).

Эти соображенія Брунса едва-ли представляются убѣдительными.

Прежде всего, какъ мы говорили выше, уже въ первые вѣка своего существованія церковь реципировала римскую поссессорную терминологію, вынужденная къ тому практической необходимостью защиты противъ violentia осу-

---

[1]) Bruns. cit. S. 196.

ществленія нѣкоторыхъ юридическихъ отношеній, созданныхъ церковью, преимущественно чтобы помѣшать епископамъ проявлять епископальныя права за предѣлами своей епархіи. Какъ видно изъ постановленій соборовъ, въ этой именно области встрѣчаются первые случаи распространенія ученія о possessio.

Постепенно такія отдѣльныя и отрывочныя правила стали вырабатываться въ особый институтъ, извѣстный подъ именемъ remedium spolii.

Но даже оставляя въ сторонѣ этотъ древній періодъ церковнаго права и переходя къ разсмотрѣнію классическаго періода папскаго законодательства XII вѣка, т. е. когда сознательно перерабатывалось и измѣнялось римское право для принятія его церковью и мірянами, я думаю, и здѣсь теорія Брунса имѣетъ мало почвы.

Дѣйствительно, нельзя говорить такъ категорически, что церковь не вмѣшивалась въ народную жизнь, когда именно она, напримѣръ, нормировала семейныя права. И тотъ фактъ, что папское законодательство допускало possessorium для защиты лишь тѣхъ правъ семейственныхъ, кои происходятъ отъ брака, потому что одни они состояли подъ ихъ вѣдомствомъ, развѣ не доказываетъ, что распространеніе поссессорной защиты было совершаемо для практическихъ цѣлей, а не въ цѣляхъ абстрактныхъ или доктринальныхъ. Иначе нельзя было бы найти основанія, почему папы не нормировали точно такимъ же образомъ и другія семейныя права.

Но идемъ далѣе. Канонисты распространили понятіе владѣнія, или лучше его терминологію, не на всѣ случаи, гдѣ считали нужнымъ или полезнымъ допустить поссессорные иски. Такъ въ области личныхъ обязательствъ они по возможности старались обходиться безъ термина possessio [1]). и придумали выраженіе «status recipiendi», чтобы дать хотя какое-либо основаніе распространенію поссессорныхъ

---

[1]) Такъ Butrius говоритъ, что «in jure debiti personalis proprie loquendo non est possesio, vel quasi possessio, quia in illo non cadit possessio, sed bene impimitur status quidam cujus respectu eo quod innovatur potest agi dossessorio» (Butrius– Commentar. in Decret. c. 24 X. de electione I, 6).

средствъ защиты за римскіе предѣлы понятія possessio [1]).

Во всякомъ случаѣ при этомъ слѣдуетъ замѣтить, что канонисты, въ своихъ трудахъ и не стремились опредѣлять условія и область примѣненія possessio съ романистической точки зрѣнія; они просто лишь изучали вопросъ, въ какихъ случаяхъ можно прибѣгать къ защитѣ противъ послѣдствій spolium'a. Spolium—вотъ ихъ единственное предположеніе и ихъ единственный руководящій критерій, когда дѣло шло о вопросахъ владѣнія. Поэтому Дюранъ даетъ заглавіе своему изслѣдованію: De petitorio et possessorio, et spolio, и Pontanus, разсматривая всѣ «remedia restitutoria», исходитъ не изъ понятія о владѣніи, но изъ идеи spolium'a, и называетъ свой трудъ:—De spolio. У Roffredus'a рубрика, говорящая о владѣніи правами, носитъ названіе: «Qualiter quis debeat agere, quando jure canonico dicit se spoliatum», причемъ и вопросъ самый о нарушеніи владѣнія правами у него выраженъ слѣдующимъ образомъ: an posset quis juribus spoliari. Примѣры эти м. б. увеличены ad libitum.

Самое понятіе spolium было расширено ими до возможныхъ предѣловъ, причемъ подъ этимъ терминомъ стали понимать всякое самовольное отнятіе вещи или права, въ какой бы формѣ оно не совершалось. Хорошо это выражено у Pontanus'a:—

> «Verbum... in jure latissimum, continens id omne, cujus restitutio denegetur primo possessori; plures tamen habens in se sinus, ac species, invicem dissimiles, variisque temporibus editas, et propriis subsidiis munitas, prout temporum eventus, et occasio postulare videbantur».

Средствъ борьбы противъ самоуправства—этого крупнаго зла средневѣковой жизни—было создано канонистами не мало, преимущественно путемъ рецепціи изъ римскаго права. Menochius напр., исчисляетъ ихъ 17 [2]). Но эта мно-

---

[1]) Въ этомъ отношеніи Pontanus говоритъ: „Licet enim quodam juris subtilitate videretur incongrua restitutio, non praecedente alicujus rei possessione, id tamen ab aequitate canonica receptum est etc". Pontanus—De Spolio. Tractatus univers. juris t. XIV lib. I, cap. 13, № 120.

[2]) См. Ioacobi Menochii—De adipiscenda. retinenda, et recuperanda possessione commentarii 1649 Venetiis.

гочисленность влекла за собой много путаницы и недоразумѣній на практикѣ; почему сами же канонисты постарались слить всѣ remedia spolii въ одно средство защиты, получившее позднѣе наименованіе actio spolii [1]).

Эта послѣдняя, какъ квинтъ—эссенція всѣхъ прежнихъ, создана была такимъ образомъ не для защиты possessio въ римскомъ смыслѣ, но именно для защиты status quo, въ цѣляхъ подавленія произвола и самоуправства во всякомъ ихъ проявленіи въ отношеніи имущества лица, являлось ли у споліата пользованіе самое осуществленіемъ права, или даже вопреки праву, безразлично.

Кто обратитъ вниманіе на юридическія и соціальныя условія средневѣковой жизни, въ особенности, съ одной стороны, на живѣйшую потребность въ подавленіи насилій и произвола во всѣхъ возможныхъ ихъ проявленіяхъ, съ другой стороны, на невѣроятную медленность римско—каноническаго процесса, дѣлавшаго труднымъ, убыточнымъ и почти постоянно запоздалымъ признаніе правъ судомъ,— кто обратитъ, повторяемъ, вниманіе на все это, тотъ легко пойметъ, почему распространеніе remedium'a spolii на всѣ эти отношенія, какъ лучшаго средства быстрой и успѣшной борьбы съ произволомъ и возстановленія status quo ante, встрѣтило такой благопріятный пріемъ въ то время у канонистовъ. Этимъ объясняется и стремленіе постоянно расширять область примѣненія remedium'a spolii, которое скоро завоевываетъ себѣ мѣсто и въ правѣ свѣтскомъ среднихъ вѣковъ.

Канонисты, создавая и разрабатывая искъ изъ канона Redintegranda, въ большинствѣ своемъ, какъ мы видѣли, были сторонниками возможно большого расширенія области примѣненія этого иска, который сталъ между прочимъ да-

---

[1]) Подтвержденіе сказанному мы видимъ между прочимъ въ томъ, что въ позднѣйшихъ юридическихъ сочиненіяхъ, напр., actio metus и actio doli уже болѣе не разсматриваются среди средствъ защиты владѣнія. Такъ уже Дюранъ въ своемъ Speculum juris (lib. III, pars. II. fol. 96) про нихъ ничего не пишетъ, хотя и отмѣчаетъ ихъ самъ же въ числѣ средствъ возстановленія владѣнія.

ваться споліатамъ не только противъ самихъ споліаторовъ, но и третьихъ лицъ, въ искахъ и гражданскихъ, и уголовныхъ, въ цѣляхъ возстановленія въ обладаніи имуществомъ, отдѣльными вещами и наконецъ, самыми разнообразными правами. Практика жизни однако скоро уже показала, что подобное возможно распространительное примѣненіе иска изъ can. Redintegranda въ цѣломъ рядѣ случаевъ влекло за собою не торжество справедливости въ защиту униженныхъ и оскорбленныхъ, но являлось покровительствомъ и пособничествомъ насильникамъ и вообще завѣдомо недобросовѣстнымъ лицамъ, или же создавало тормазъ законной регламентаціи отношеній сторонъ, вступая въ коллизію съ основными правилами права; другими словами, возможно было при этомъ, что въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ примѣненіе иска изъ канона Redintegranda при охранѣ summum jus влекло за собою торжество summae injuriae.

Канонисты не закрывали глаза на эти нежелательныя послѣдствія примѣненія въ отдѣльныхъ случаяхъ разсматриваемаго иска; только они не сумѣли выработать основныхъ и общихъ правилъ относительно того, когда, въ какихъ случаяхъ condictio ex canone Redintegranda не допустима, и ограничились простымъ перечисленіемъ случаевъ такого рода, безо всякой ихъ систематической группировки, по всей вѣроятности, по мѣрѣ того, какъ они вызывались къ жизни въ судебной практикѣ по отдѣльнымъ дѣламъ [1]). Въ пользу такого предположенія говоритъ между прочимъ то обстоятельство, что перечисляемые канонистами случаи, гдѣ не допускалось, по исключенію, примѣненіе нашего иска, у отдѣльныхъ писателей различны и по содержанію, и по числу своему. Съ теченіемъ времени число изъятій этихъ все болѣе и болѣе увеличивалось, и изъ 17 случаевъ, упоминаемыхъ въ Glossa ordinaria къ Де-

---

[1]) Случаи такихъ ограниченій примѣненія remed. spolii имѣются впрочемъ еще ранѣе, именно, напр., въ декретѣ папы Николая II объ избраніи папъ (C. 1. Dist. XXIII), а равно въ его же декретѣ contra symoniacos (Mansi—Concil. coll. XIX, col. 899), и въ посланіи Гонорія II (Mansi—cit. XXI, col. 349, 350) и др.; такъ что прецеденты указаны были самими папами.

крету Граціана у позднѣйшихъ канонистовъ, напр. Goffredus a Trano, доходитъ до 21, а у Дюрана даже до 26 [1]).

Геке въ диссертаціи своей (*Goecke*—De exceptione Spolii p. 3) вынесъ крайне суровый приговоръ канонистамъ по поводу

---

[1]) Случаи недопущенія condictio ex canone указаны глоссой слѣдующіе: „Intrusio, dilapidatio, criminis enormitas, infamia et criminis evidentia, crimen simoniae, contumacia, scandalum, fornicatio notoria, cum incontinenti dejecerit, cum spoliatio est probata in modum exceptionis, cum incontinenter spoliator vult probare exceptionem, cum a muliere objicitur saevitia viri, in casu, quem habes extra de divort. C. gaudemus, exceptio rei judicatae vel pacti, si sub condictione possedit, si ex gratia vel precario possedit ut „colonus“.

Позднѣйшіе канонисты знаютъ ихъ уже несравненно больше. Такъ Goffedus a Trano въ своей Summa in titulos Decretalium (стр. 86 слѣд. по издан. 1586 г.), говоритъ въ этомъ отношеніи слѣдующее:

„Et quod dixi generaliter restituendum spoliatum esse in tantum verum est, ut non obstet exceptio criminis... Item cum quis; vel non canonicae institutionis... hos tamen fallit in multis casibus in spoliato a judice in figura judicii. Item si qui intrusus fuerit in Romanam sédem et ejectus, non restituetur... Item si destitutus propter suspicionem dilapidationis non restutuetur ante cognitam veritatem de dilapidatione, ut 3 qu. 2 c. quia ea, hodie tamen recipit correctionem, quia suspectus de dilapidatione non destituitur ab administratione, nisi probata fuerit suspicio, ut intra de simo. cap. licet. Item impedit restitutionem crimen simoniae... Item contumacia... Item scandalum... Item rei absentia..., Item cum ejiciens incontinenti ejicitur, ut dictum est in prin. Item cum spoliatio objicitur in modum exceptionis... Item secundum quasdam, si adversarius incontienenti velit probare de proprietate... Item impedit restitutionem rei judicatae exceptio... Item exceptio juris jurandi vel pacti secundum quosdam... Item ubi sub conditione quis possedit... Item si ex gratia vel precario quis possedit Item virum et uxorem haec sunt, quae restitutionem impediunt, saevitia viri, Item si uxor in judaismo repudietur... Item si is qui dicit se ejectum non habuit possessionem juris... vel habuit possessionem, sed per violentiam“...

Hostiensis (Heinrici a Segusio cardinalis Hostiensis aurea summa, edit, Venet. 1531 p. 96) приводитъ даже въ стихахъ большинство случаевъ, гдѣ по исключенію не допускалось примѣненіе condictio ex canone Redintegranda:

«Usurpans Cathedram Petri, Ne scandala fiant.
Altera vis: Damasus seu sit quod sponte resignans.
Cum quis restitui petit et rem vendicat At non.
Possedisse probat. Cadit aut de propretate.
Visque repulsa. Scelus geritur cui mos. Anathema.
Vir suspectus. Inops. Gradus; Ac offensio Christi.
Qui fore possessor nequit, hi non restituuntur».

установленныхъ ими такихъ случаевъ,гдѣ не допускалось примѣненія condictio ex canone:—«Quos (случаи эти) si inspexeris»—замѣчаетъ онъ—„mecum censebis non operae pretium esse, eos hic enumerare et de iis disserere, quum maxima pars eorum tanta libidine tantaque stultitia proposita sit, ut per se ipsa refellatur".

Приговоръ Геке суровъ, но несправедливъ. Съ своей стороны мы думаемъ, что если читатель просмотритъ случаи эти въ нашемъ примѣчаніи, то навѣрное не станетъ говорить ни о libido, ни тѣмъ болѣе о stultitia канонистовъ, давшихъ перечисленіе этихъ изъятій; а лишь подмѣтитъ здѣсь отсутствіе системы и руководящей объединяющей это перечисленіе общей идеи. За это одно ихъ лишь и можно упрекать здѣсь, если кому такое занятіе нравится.

Несравненно болѣе важная попытка ограничить распространеніе области примѣненія иска изъ канона Redintegranda исходила изъ другого источника, именно отъ носителей высшей власти земной въ католической церкви—отъ папъ.

Разсматривая отношенія церковныхъ законодателей къ практикѣ и канонической наукѣ своего времени мы наблюдаемъ любопытное и крайне своеобразное явленіе. Въ то время какъ канонисты усиленно стараются развить и подробнѣе разработать созданную ими condictio ex canone Redintegranda, папское законодательство XII и XIII вѣковъ становится въ явно враждебное отношеніе къ этому новшеству, заботясь о сохраненіи въ цѣлости и неприкосновенности старыхъ началъ въ каноническомъ правѣ, созданныхъ преимущественно путемъ рецепціи нормъ римскаго права.

Прежде всего въ этомъ отношеніи мы можемъ указать на нежеланіе законодателей распространительно толковать, вслѣдъ за большинствомъ канонистовъ, spolium въ смыслѣ всякой injusta causa possidendi. По крайней мѣрѣ уже во всѣхъ канонахъ титула De restitutione spoliatorum сборника Григорія IX говорится о spolium'ѣ какъ послѣдствіи насилія (violentia). Такъ же толкуется spolium и въ Liber Sextus c. I.

De restitut. spoliator. [1]), Другими словами, изъ текста этихъ каноновъ видно явное желаніе законодателя не распространять примѣненія средствъ защиты противъ spolium'a на случаи metus, dolus или иной injusta causa privationis, какъ это было допущено канонистами и судебной практикой.

Особенно рѣзкимъ врагомъ condictio ex canone Redintegranda выступилъ папа Иннокентій III въ цѣломъ рядѣ своихъ постановленій, изъ которыхъ особенно важное значеніе имѣетъ знаменитый канонъ его «Saepe contingit», 1215 года, помѣщенный въ c. 18 X. de restitut. spoliator. II. 13.

> «Saepe contingit, quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis ommisso propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civlis rigore, sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, quoad periculum animae, injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur» [2]).

Приведеннымъ папскимъ постановленіемъ субъекту, утратившему по spoliatio свое имущество, въ случаѣ нахожденія послѣдняго въ рукахъ третьяго лица, дозволено было «non obstante juris civilis rigore» лишь въ томъ случаѣ примѣнять remedium spolii, когда это третье лицо пріобрѣло вещь, зная о spolium'ѣ, т. е. когда оно было malae fidei possessor'омъ.

Папа Григорій IX цѣликомъ рецитировалъ въ своемъ сборникѣ точку зрѣнія Иннокентія III, умолчавъ при этомъ о новшествахъ, введенныхъ уже въ этой области на практикѣ его времени. Это ясно показываетъ, что и Григорій IX

---

[1]) Здѣсь прямо сказано:—Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu (возбужденіе уголовнаго иска), qui tota sua substantia vel maiori parte ipsius se *per violentiam* destitutum affirmat. Противоположное толкованіе этого канона Брунсомъ (Bruns—cit. S. 177) является не отвѣчающимъ точному смыслу этого законодательнаго акта).

[2]) См. еще его же декреталіи въ C. 2 X. de ordine Cognition II. 10; c. 15 X. de restitut. spoliat. II. 13.

былъ единомышленникомъ Иннокентія III въ разсматриваемой нами области.

Враждебное отношеніе папъ къ condictio ex can. Redintegranda проявилось не только въ законодательной дѣятельности, но равно и въ теоретическихъ изысканіяхъ ихъ, по крайней мѣрѣ въ ученыхъ трудахъ главнаго врага разсматриваемаго нами института—папы Иннокентія III, знаменитаго комментатора декреталій. Этотъ папа, кстати сказать, горячій и убѣжденный романистъ, пишетъ по поводу нашего иска слѣдующее въ своемъ комментаріѣ къ c, 15 X de restit. spol. II, 13:

«In rebus ecclesiasticis dixerunt quidam contra quemlibet agi posse per interdictum unde vi, vel ad minus condictione ex canone Redintegranda. Sed nos hoc non dicimus et intellegimus hoc C. Redint. et alia jura, quae pro eis facere videntur, quod omnia sunt spoliatis restutuenda non condictione ex canone, vel interdicto unde vi, sed aliis competentibus actionibus, puta si dolo contraxit actione de dolo, si metu actione quod metus causa etc» [1]).

Отвергая такимъ образомъ распространительное примѣненіе can. Redintegranda, какое было ему придано канонистами, Иннокентій IV далѣе, въ комментаріѣ къ c. 18 Saepe contingit, высказываетъ свое воззрѣніе на can. Redintegranda, говоря,

«Bene dicit, si scienter accepit, quod tenetur restituere per condictionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepit, secus esset. Nec contradicit C. Reint».

---

[1]) Innocent. IV—Commentaria, издан. Туринъ 1581 г. fol. 97 № 6; у Bruns—cit. стр. 223 мѣсто это приведено въ искаженномъ видѣ, совершенно измѣняющимъ смыслъ его. Въ редакціи Брунса cond. ex can. *противопоставляется* интердикту unde vi; по редакціи же Туринскаго изданія 1581 г. оба эти средства защиты обобщаются, а имъ противопоставляются aliae competentes actiones. Эта разница редакціи особенно рѣзко отражается именно на роли и области примѣненія int. unde vi.

Изъ приведеннаго мѣста въ его редакціи *по Брунсу* можно вывести, что Иннокентій IV рѣшилъ допустить примѣненіе int. unde vi не только противъ spoliator'a, но и противъ всякаго вообще пріобрѣтателя сполированнаго имущества—„Dixerunt quidam contra quemlibet agi posse ex c. Re-

Затѣмъ касательно C. Redint: «Si quis daret libellum, sub quo possit comprehendi actio quod metus causa per quam advocatur res ad eo, qui metum non intulit, puta peto restitutionem possessionis talis rei quae mihi per metum est ablata, crederemus posse ferre sententiam contra possidentem quamvis non spoliasset, nec rem scienter a spoliatore recipisset, et sic intelligitur c. Reintegranda».

Другими словами, Иннокентій IV не признаетъ особой condictio ex canone, и считаетъ c. Redintegranda дающимъ лишь право на примѣненіе обычныхъ рекуператорныхъ исковъ римскаго права, въ томъ числѣ actio quod metus causa, которая одна только давала возможность требовать выдачи вещи отъ третьяго ея пріобрѣтателя.

Однако попытка Иннокентія IV возстановить такимъ образомъ воззрѣніе нѣкоторыхъ старыхъ канонистовъ на remedium spolii на практикѣ потерпѣла полное фіаско, и сторонниковъ, за весьма немногими исключеніями, его толкованіе не имѣло [1]). Иначе однако неизбѣжно пришлось отнестись канонистамъ къ can. Saepe contingit, хотя бы уже потому, что онъ имѣлъ силу закона.

Канонисты здѣсь не могли не замѣтить очевиднаго противорѣчія между правилами каноновъ Redintegranda и Saepe contingit: Въ то время какъ по can. Redintegranda искъ давался противъ всякаго владѣльца сполiированнаго имуще-

---

dint.... sed nos hos non dicmus, et intellegimus... quod omnia sunt spoliatis restituenda, non condictione ex canone, *sed interdicto unde vi*"...

Совершенно обратный выводъ получается изъ того же фрагмента въ его редакціи по Туринскому изданію 1581 г., по которой Иннокентій IV, идя противъ мнѣнія „нѣкоторыхъ", допускающихъ примѣненіе interd. unde vi „vel ad minus" „cond. ex canone" противъ *всякаго* владѣльца, заявляетъ, „quod omnia sunt spoliatis restituenda *non* condictione ex canone *vel* interdicto unde vi, *sed aliis* competentibus actionibus"...

[1]) Ср. между прочимъ приведенное Брунсомъ—cit. стр. 244 пр. 1 мѣсто изъ комментарія канониста Butrio—на can. 18—„Host. intellexit Inn. quod c. Redint. simpliciter esset approbatorium aliorum remediorum Sed dicit Io. Calderini, quod alii intelligunt, Innoc. voluisse, quod omnia alia remedia possessoria, ut actio metus, doli, de vi et. similia, in isto can. includerentur et quod per hoc remedium ut generale posset agi, ubi alia competunt, et posse simul cum aliis specialibus in eodem libello accumulari".

ства, can. Saepe contingit не давалъ иска такого противъ *добросовѣстнаго* владѣльца вещи.

Уже Hostiensis, видя это противорѣчіе, старался если не примирить его, то по возможности ослабить его рѣзкость, и замѣтилъ по этому поводу [1]).

«Sed non datur, nisi contra scientem. Cave tamen quia in hoc casu quilibet praesumitur sciens... et praesumitur sciens, is qui suam esse nescit, ridiculum enim est audire, vel dicere... I. cum quaereb. (11 Cod. Unde vi), ex cujus mente hanc puto inductam constitutionem».

Въ другомъ мѣстѣ онъ однако указываетъ уже основные отличительные признаки иска изъ can. Redintegranda въ отличіе отъ *новаго* иска изъ can. Saepe contingit, которые онъ видитъ въ томъ, что Redintegranda имѣлъ примѣненіе не только противъ споліатора, но равно и противъ третьихъ пріобрѣтателей вещи, какъ добро—такъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ: [2])

«Si restitutio petatur ex canone Saepe, habet locum contra quemlibet possessorem, qui scienter receperit. Si vero ignorans, habet locum condictio ex canone Redintegranda».

Среди канонистовъ была впрочемъ и другого рода попытка примирить правило обоихъ каноновъ, сторонниками которой являются. Hugolinus, Giovanni da Fano, Giovanni Calderini, Panormitanus, Paulus de Castro, S. Georgio. Они признавали condictio ex canone Redintegranda искомъ, при посредствѣ котораго могли быть разрѣшаемы споры между духовенствомъ лишь, и только по церковнымъ дѣламъ; a cond. ex c. Saepe считали искомъ общимъ и для духовныхъ, и для свѣтскихъ дѣлъ и лицъ.

---

[1]) Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis—Commentarii Venet. 1531 fol. 95 № 6.

[2]) Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis aurea summa ed. Venetiis 1531 p. 97. Изъ позднѣйшихъ канонистовъ Petrus de Anachrano объявилъ себя сторонникомъ взгляда, высказаннаго у Hostiensis (Petrus de Anachrano—Comment. in Decret. Bologna 1581 fol. 176) Къ нему же примкнулъ Iohannes ab Imola. признавая что remedium ex can. Saepe Иннокентія III было „non necessarium sed utile“ Iohannes ab Imola—Commentaria Venetiis 1575 vol. II. fol. 58.

У Franciscus de Zabarella (Commentarii Venetiis 1602 fol. 31) мы встрѣчаемся со своеобразнымъ толкованіемъ исковъ изъ обоихъ каноновъ. Онъ признавалъ condictio ex canone Redintegranda искамъ петиторнымъ, въ отличіе отъ поссессорнаго иска изъ канона Saepe contingit.

Особенно тщательно и подробно изложенъ этотъ трудный для рѣшенія вопросъ о согласованіи обоихъ каноновъ у Aegidius Bellamera (умеръ въ 1342 г.; см. Schulte —cit. II S. 274). Белламера, обращаясь къ Лже-Исидорову сборнику декреталій, какъ къ источнику канона Redintegranda, отмѣчаетъ, что редакторы каноновъ, издавая правило о remedium spolii, заботились исключительно о созданіи этимъ путемъ спеціальной привиллегіи для епископовъ, лишенныхъ имущества и подвергшихся обвиненію, и что ихъ единственной цѣлью при этомъ было возстановить такихъ епископовъ въ ихъ прежнемъ фактическомъ состояніи, чтобы они могли спокойно и на равныхъ условіяхъ съ противниками отвѣчать на судѣ. При этомъ Bellamera указываетъ, что измѣненіе этого института изъ привилегіи въ правило общаго права явилось дѣломъ не папъ, а канонической практики, и далѣе заявляетъ, что вообще должно отвергнуть такое произвольное и незаконное распространеніе области remedium'a spolii для всѣхъ клириковъ, въ силу того что «ille canon Redintegranda praecepit de tempore pontificatum Innocentii III; qui fuit conditor hujus decretalis», и такъ «frustra haec decretalis post illum canonem generalem de vero rimedio magis restrictivo providisset hujusmodi spoliatis» [1]). Однако и онъ долженъ былъ признать, что cond. ex canone Redintegranda продолжала имѣть силу и примѣняться въ такомъ смыслѣ даже вопреки желанію папъ; почему касательно этого иска, на вопросъ «cui et contra quem et pro quo competat sive detur», отвѣчаетъ:—

> «Aut quaerimus de jure, aut quaerimus de consuetudine. Si quaerimus de jure, dico quod datur episcopis de suis sedibus ejectis, aut de rebus ecclesiarum suarum, sive

---

[1]) Aegedius Bellamera Praelection. in Decret. lib. c. XVIII, № 6 Lugdini 1549 fol. 228.

de suis propriis quomodolibet spoliatis, contra quoslibet possessores, ad recuperationem possessiones, vel quasi»...

И далѣе, касательно обычнаго примѣненія cond. ex can. замѣчаетъ, что—

«In palatio... apostolico auditores, advocati, procuratores et notarii ejusdem palatii ex quadam consuetudine, cujus initii memoria non exstabat, pro determinato habebant quod beneficium hujus canonis ad omnes personas ecclesiasticas extendi debebat: sed et multi inter eos illud ad omnes saeculares et laicos extendebant, sed quo jure praeter consuetudinem nunquam potui videre. Fateor tamen quod Hugolinum videtur intelligere istum canonem generaliter de omnibus pers, eccles. sed nihil allegat».

Такимъ образомъ и онъ полагаетъ, что лучше придерживаться обычая «quia consuetudo est legitima legum interpres» (Bellamera—cit. fol. 166).

Remedium Иннокентія не имѣло большого успѣха среди канонистовъ, изъ которыхъ лишь очень немногіе шли противъ condictio ex can. Redintegranda. Большинство же писателей разсматривало оба иска—изъ каноновъ Saepe contingit и Redintegranda—рядомъ и одновременно, выясняя черты сходства и различія между ними.

Такъ Goffredus a Trano [1]) намѣчаетъ черты различія между обоими исками въ двухъ отношеніяхъ, указывая, что а) одинъ искъ давался въ защиту противъ всякаго неправомѣрнаго отнятія вещей, а другой (изъ c. Saepe) лишь въ случаѣ совершенія spolium'a насильственнымъ образомъ (violenter) или пріобрѣтенія mala fide вещи отъ насильника, и б) что благодаря этому, отвѣтчикомъ въ искѣ изъ c. Redintegranda могъ быть всякій владѣлецъ вещи безразлично, тогда какъ при искѣ изъ c. Saepe лишь самъ владѣлецъ—насильникъ или владѣлецъ mala fide отъ послѣдняго.

«Sed inter canonem et decretalem differentia est notanda. Nam canon ille reint. generalis est qualitercumque et quomodocumque quis amiserit rem propriam vel ecclesiae

---

[1]) Goffredi—Summa in titulos Decretalium. De restitut. spoliat. Venetiis. 1586 fol. 87.

apud quemcunque et in quocumque loco fuerit constituta. Decret. illa saepe contingit requirit scientiam successoris, ut cum quis scienter a spoliatore rem receperit violentam». [1])

Въ виду того однако, что доказать malam fidem отвѣтчика трудно, авторъ совѣтуетъ по возможности избѣгать этого иска, а защищать свои интересы при помощи иска ex can. Redintegranda; почему онъ совѣтуетъ:

«Verumtamen cum is qui scientiam allegat, probare habeat, grave sit probare scientiam alienam, *non reputo* cautum agi condictione ex illa decret. Saepe contingit, puto tamen *esse tutum agi officio iudicis ex can. Redint.*»

Извѣстный канонистъ Nicola de Tudeschis (abbas Siculus, *Panormitanus)* [2]) съ своей стороны отмѣчаетъ, что въ его время въ литературѣ предмета господствовало три воззрѣнія по разсматриваемому вопросу; а именно а) согласно одному мнѣнію, основанному на ученіи Иннокентія IV, канонъ Saepe contingit не ввелъ никакого новаго процессуальнаго средства защиты, а лишь просто изъяснилъ и подтвердилъ примѣненіе уже существовавшихъ. b) Другой взглядъ признаетъ, что canon этотъ собралъ всѣ разсѣянныя въ правѣ средства защиты во едино, благодаря чему, истцу достаточно было сослаться на любое изъ нихъ, чтобы получить возстановленіе своего владѣнія. з) Наконецъ, третье мнѣніе, которое Panormitanus отмѣчаетъ господствующимъ, признаетъ, что can. Saepe ввелъ новое спеціальное средство защиты противъ всякаго владѣльца, „etiam non vitiosum“ [3]):

„Adverte latius et clarius ceteris scribentibus, quia iste punctus est quotidianus. Reperio enim in hoc tres principales intellectus“; a) „Primus colligitur ex dictis Innoc. IV (т. е. къ C. XV) ubi videtur velle quod ille canon non

---

[1]) На то же отличіе между обоими исками указываетъ и Hostiensis, замѣчая (Henrici a Segusio cardinalis Hostiensis aurea summa. Venetiis 1531 p. 97)—Si restitutio petatur ex canone Saepe, habet locum contra quemlibet possessorem, qui scienter receperit. Si vero ignorans, habet locum condictio ex canone Redintegranda.

[2]) Умеръ въ 1453 г. см. Schulte—cit. S. 312.

[3]) Panormitanus Lectura in Decretales c. XV № 25. Venetiis 1627, fol. 191.

inducit specificum et novum remedium, sed est declaratorius et approbatorius aliorum remediorum"...

«Secundus intellectus est quod canon ille reint. colligit omnia remedia sparsa in jure, et colligitur in unum, et coniungit ea ut sic sufficiat probari actori illud propter quod aliquo juris beneficio possessio venit restituenda etc.» c) «Tertius principalis intellectus illius can. est ut inducat novum et specificum remedium possessorium contra quemlibet possessorem, etiam non vitiosum, et iste intellectus est hodie communis».

Мы видимъ такимъ образомъ, что на практикѣ и въ толкованіяхъ канонистовъ реформа Иннокентія III получила своеобразный видъ: вмѣсто отмѣны или во всякомъ случаѣ ограниченія области примѣненія разработаннаго практикой remedium'a ex can. Redintegranda, правило этого папы, высказанное въ can. Saepe contingit, стали толковать какъ создавшее *новый* искъ sui generis въ защиту владѣнія. Искъ этотъ еще болѣе пополнилъ ряды средствъ поссессорной защиты, признаваемыхъ канонистами, [1]) и еще болѣе запуталъ и усложнилъ для послѣднихъ вопросъ о взаимоотношеніи и условіяхъ примѣненія этихъ исковъ. Съ condictio ex can. Saepe contingit мы встрѣчаемся однако во всѣхъ позднѣйшихъ сборникахъ папскаго законодательства, которое, какъ мы говорили уже, относилось къ ней весьма покровительственно. На практикѣ съ нею равнымъ образомъ первоначально считались, признавая ее какъ бы связью между Unde vi и Redintegranda. Сравнительно скоро однако, благодаря, съ одной стороны, тѣмъ трудностямъ, какія представляла въ этой condictio ex can. Saepe contingit для споліата обязанность доказывать знаніе spolium'a противникомъ [2]) съ другой стороны вслѣдствіе безполезности ея при наличности cond ex c. Redintegranda,—искъ этотъ постепенно

---

[1]) Дюранъ насчиталъ ихъ восемь, хотя глосса къ Decr. Grat. c. III princ. называла лишь четыре—Ср. Durantis—Speculum juris lib. IV p. II, fol. 66.

[2]) Объ этомъ Bellamera пишетъ: „Et quia grave est eam (т. е. scientiam abienam) probare, laudo quod proponas cond ex c. redint". (Commentar in Decretal. C. 18 fol. 227).

сталъ терять свое значеніе, и наконецъ прекратилъ свое существованіе въ судебной практикѣ, оставшись лишь въ сборникахъ церковнаго права пережиткомъ былого времени.

И старые и новые писатели-юристы и канонисты приложили не мало труда, чтобы выяснить, чѣмъ, какими соображеніями руководствовался папа Иннокентій III, издавая свой канонъ Saepe contingit.

Въ этомъ отношеніи изъ новыхъ писателей своеобразную теорію выставилъ Дельбрюкъ [1]).

Прежде всего онъ утверждаетъ, что практическое распространеніе иска изъ can. Redintegranda появилось уже послѣ того, какъ установилось постоянное примѣненіе иска изъ канона Saepe contingit. Въ пользу этого онъ указываетъ на то обстоятельство, что процессуалисты XII и начала XIII вѣковъ, равно какъ и глоссаторы, говоря о средствахъ защиты владѣнія, не упоминаютъ совершенно въ числѣ ихъ исковъ изъ c. Redintegranda, и утверждаетъ, что въ источникахъ встрѣчаются впервые указанія на этотъ послѣдній только въ глоссѣ къ Декрету, составленной въ 1250 году т. е. 50 лѣтъ послѣ опубликованія декретала Saepe contingit. Вмѣстѣ съ тѣмъ Дельбрюкъ видитъ въ этомъ декреталѣ, или вѣрнѣе въ этомъ постановленіи Латеранскаго собора 1215 года, первую стадію борьбы германскаго обычнаго права съ нормами права римскаго и послѣдовательно первый шагъ къ признанію вещнаго иска германскаго права.

Эти положенія Дельбрюка, въ ихъ исторической части, встрѣтили серьезную критику у Маасена послѣ которой [2]) нынѣ уже не имѣютъ болѣе сторонниковъ. По поводу «исторической» части мнѣнія Дельбрюка укажемъ лишь здѣсь, что декреталъ Saepe contingit явился въ качествѣ 39 главы правилъ Латеранскаго собора 1215 г. Summa же Сикарда Кремонскаго, въ которой впервые говорится о condictio ex canone, написана въ XII вѣкѣ [3]). Изслѣдованіе Vincentus

[1]) Delbrück—Die dingliche Klage... § 24 S.S. 152 fg. 155).

[2]) Maassen—Zur Dogmengeschichte der Spolienklage cit. S. 243),

[3]) Sicardus Cremonensis умеръ въ 1215 году, а его Summa составлена между 1179 и 1182 г.г. см. Schulte—Die Geschichte der Quellen und Litteratur des Canonischen Rechts B. I § 31. S 143.

Hispanus по поводу Comp. III, гдѣ говорится о remedium quod patet secundum canones,написано имъ ранѣе появленія Saepe contingit; въ то время какъ Tancredus въ своемъ изслѣдованіи той же Compilatio, составленномъ послѣ 1215 г. [1]). цитуетъ декреталій Saepe contingit. По мнѣнію Маасена, Iohannes Teutonicus, вѣроятнѣе всего, составилъ свой Apparatus ad Decretum ранѣе 1215 года, именно ранѣе состоявшагося въ этомъ году IV Латеранскаго собора. Вмѣстѣ съ тѣмъ выходитъ, что ученіе о condictio ex canone Redintegranda, помѣщенное въ Glossa ordinaria и являющееся сочиненіемъ Iohannes Teutonicus, а не Бартоломея изъ Брешіи (см. Maassen—cit. S. 244), написано ранѣе 1215 г. т. е. ранѣе опубликованія канона Saepe contingit.

Такимъ образомъ, вопреки мнѣнію Дельбрюка, condictio ex canone Redintegranda получила свое практическое примѣненіе *ранѣе*, чѣмъ condictio ex c. Saepe.

Брунсъ (Bruns—cit S. 180) отмѣтилъ ту особенность can. Saepe contingit, что онъ, подобно всѣмъ другимъ правиламъ Латеранскаго собора 1215 г. и вмѣстѣ съ ними, имѣлъ цѣлью своего установленія облегчить духовенству возможность обратнаго полученія ихъ имущества, въ случаѣ захвата послѣдняго мірянами.

Это предположеніе Брунса не даетъ однако отвѣта на цѣлый рядъ вопросовъ и недоразумѣній. Такъ остается непонятнымъ, почему же въ такомъ случаѣ Иннокентій III не признавалъ примѣненія Redintegranda не только для свѣтскихъ судей и судовъ, но равно для области дѣлъ чисто церковныхъ, гдѣ при помощи его скорѣе и проще было бы тогда дать защиту споліатамъ, чѣмъ изобрѣтать для того новыя правила канона Saepe contingit.

Намъ думается, что издавая этотъ декреталій свой и борясь противъ злоупотребленій въ примѣненіи иска изъ can. Redintegranda, папа Иннокентій руководился соображеніями двоякаго рода—а именно своеобразнымъ характеромъ и ходомъ возникновенія иска изъ c. Redintegranda и затѣмъ желаніемъ слѣдить за однообразнымъ и точнымъ примѣненіемъ правилъ церковнаго законодательства.

---

[1]) См. Schulte—cit. S. 193 § 44 и стр. 205 § 48.

Какъ мы уже не разъ указывали раньше, искъ изъ канона Redintegranda получилъ свое бытіе и дальнѣйшее развитіе не по иниціативѣ законодателей—папъ: его родителями и воспріемниками были юристы-канонисты; появился онъ въ искахъ повседневной жизни, путемъ обычно—правнымъ, а не законодательнымъ. Возникнувъ такимъ образомъ среди мірянъ, онъ рѣзко вторгался въ область церковныхъ интересовъ и отношеній, гдѣ существенно измѣнялъ правила и практику церковныхъ законовъ.

Благодаря вліянію этого иска, возникшаго путемъ обычая, канонъ Redintegranda, бывшій краеугольнымъ камнемъ всего ученія по данному вопросу съ момента появленія своего въ Лже-Исидоровомъ сборникѣ, получилъ одно примѣненіе въ законодательствѣ и другое въ практикѣ повседневной жизни. Именно канонъ этотъ, по буквѣ закона, удерживалъ въ неприкосновенности свое первоначальное значеніе и свою первичную природу привилегіи епископовъ, понесшихъ spolium; причемъ въ качествѣ такого remedium'a juris и помѣщался въ сборники церковнаго права. Въ то же время канонисты и судебная практика создали изъ него новый институтъ, ставшій изъ процессуальной привилегіи епископовъ настоящимъ искомъ общаго права.

Положеніе папъ въ отношеніи къ иску изъ can. Redintegranda оказалось очень затруднительнымъ. Съ одной стороны, папы, охраняя и слѣдя за точнымъ и буквальнымъ соблюденіемъ правилъ церковнаго права, не могли признавать (по крайней мѣрѣ первое время), а тѣмъ болѣе санкціонировать, этотъ искъ, «самовольнаго», такъ сказать, происхожденія, созданный даже не духовенствомъ, а мірскимъ обычаемъ, при содѣйствіи канонистовъ. Съ другой стороны, отмѣнить его спеціальнымъ указомъ они не рѣшались, боясь, что при этомъ сочувствіе и симпатіи общества будутъ не на ихъ сторонѣ, и тогда запретъ такой окажется «гласомъ вопіющаго въ пустынѣ».

Первоначально папы отъ Граціана и до Иннокентія III разрѣшали эту дилемму своеобразно: они просто замалчивали новыя правила о защитѣ spolium'a, выработанныя канонистами и судебной практикой. Иннокентій же III рѣшилъ

пойти инымъ путемъ. Продолжая, по примѣру своихъ предшественниковъ, игнорировать созданный мірянами, ихъ обычаями, искъ изъ Redintegranda, онъ однако счелъ необходимымъ сдѣлать уступку запросамъ жизни, и создалъ своимъ can. Saepe contingit «нѣчто подобное» существующему иску, но освященное уже папскимъ авторитетомъ. Большое сходство содержанія can. Saepe съ выработанными практикой правилами примѣненія иска изъ c. Redintegranda гарантировали папѣ успѣхъ въ жизни его «новаго» средства. Нѣкоторыя особенности, напр., дозволеніе примѣнять новое remedium spolii не противъ всѣхъ владѣльцевъ вещи, а лишь противъ третьихъ недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей, давало папскому постановленію видъ самостоятельности. Другими словами, Иннокентію III изданіемъ правилъ c. Saepe contingit удалось, до извѣстной степени, присвоить себѣ законодательную инціативу созданія новаго иска противъ spolium'a, и этимъ, такъ сказать, сохранить престижъ и папъ, и церкви отъ допущенія въ церковныхъ дѣлахъ господства правилъ, вырабатываемыхъ помимо высшей церковной власти, при томъ простыми мірянами.

Что папы вопреки желанію своему вынуждены были обстоятельствами пойти указаннымъ путемъ, и хотя косвенно, своимъ «новымъ» постановленіемъ провести въ церковное законодательство тѣ правила, которыя обычно-правнымъ порядкомъ уже господствовали въ жизни,—это подтверждается между прочимъ и тѣмъ, что не смотря на враждебность папъ къ иску изъ can. Redintegranda, въ Sacra Rota Romana, т. е. въ высшемъ судебномъ трибуналѣ римской куріи, непосредстоенно подчиненномъ папской власти и рѣшенія котораго служили руководствомъ для тождественныхъ и аналогичныхъ случаевъ духовнымъ судамъ не только въ самой Италіи, но и внѣ ея, въ другихъ каноническихъ странахъ Европы,—постоянно и неуклонно примѣнялась въ его практикѣ защита противъ spolium'a при помощи иска изъ can. Redintegranda. Причина такого своеобразнаго явленія ясно изложена у Белламера [1]).

[1]) Aegidius Bellamera commentar. ad Decretum c. III qu. I. № 15. Lugdini 1550 fol 166.

Этотъ извѣстный ученый своего времени, бывшій именно аудиторомъ Rotae Romanae при папѣ Григоріи XI (См. Schulte cit. II S. 274), жестоко критикуетъ распространительное толкованіе канона Redintegranda, но въ тоже время самъ признаетъ, что не смотря на все это, *нѣтъ возможности* на практикѣ не примѣнять этого иска, возникшаго по обычаю, и утѣшается въ этомъ печальномъ положеніи судей тѣмъ, что все же обычай вообще является лучшимъ толкователемъ закона: «quia consuetudo est legitima legum interpres» [1]).

И дѣйствительно, разсматривая сборникъ болѣе раннихъ рѣшеній Rotae Romanae, мы видимъ, что этотъ судебный требуналъ съ начала практики своей давалъ защиту при spolium'ѣ даже простымъ держателямъ (detentores) вещи (Antiquae decisiones Rotae Rom. № 56. De restit. spolat. [2]), принимая понятіе spolium'а въ обширномъ его толкованіи какъ всякаго неправомѣрнаго дѣйствія, согласно ученія большинства канонистовъ.

---

[1]) „In palatio... apostolico auditores, advocati, procuratores et notarii ejusdem palatii ex quadam consuetudine, cujus initii memoria non extabat, pro determinato habebunt quod beneficium hujus canonis ad omnes personas ecclesiasticas extendi debebat: sed et multi inter eos illud ad omnes saeculares et laicos extendebant, sed quo jure praeter consuetudinem nunquam potui videre. Fateor tamen quod Hugolinum videtur intelligere istum canonem generaliter de omnibus pers. eccles. sed nihil allegat".

[2]) Сравн. Iohannes Andrea de St. Georgio (praepositus). Въ его Commentar. super decretorum volumina, Venetiis 1579 fol. 123, 124, 125, мы читаемъ:

„In palatio apostolico practicatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentationis, pronunciant restituendo taliter agentem"... Дальше авторъ замѣчаетъ, что такая практика не противорѣчитъ и слову „suas" въ can. Redintegranda: „Quod hic capitur verbum *suas* late etiam respectu detentationis. Ideo et depositarius et commodatarius, cui res deposita aut commodata aufertur, potest pro recuperatione uti remedio hujus canonis. Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium, nec possessionem, sed meram detentationem, competit hoc remedium".

При этомъ защита имъ давалась даже недобросовѣстнымъ владѣльцамъ противъ всякаго насильника [1]). и по поводу spolium'a какъ недвижимаго, такъ и движимаго имущества [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ скоро Rota стала требовать въ процессѣ необходимости доказывать два существенныхъ элемента, во первыхъ, «extremum primum», т. е. possessio antiquior истца, и «extremum secundum», т. е. possessio junior отвѣтчика [3]).

Практика Rotae Romanae первоначально не признавала совершенно давности для защиты spolium'a. [4]) Это правило такъ твердо примѣнялось, что Contardus писалъ по поводу его [5]).

«Quam opinionem te sequi velis, nolis, necesse est; facilius enim clavem de manu Herculis extorseris quam hanc tam persuasam ac receptam tanto tempore opinionem deiicere possis in hac curia».

Нѣсколько далѣе впрочемъ Контардо самъ обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что въ его время среди юристовъ уже шла сильная реакція противъ такого rigor juris, и прибавляетъ:

«Audivi.... nonnullos magni nominis advocatos frustra tentasse revangare dictas decisiones»....

И далѣе замѣчаетъ:

«Advetrendum est, quod in text. C. reint. ne verbum qnidem legitur de praescriptione, et illa verba condictione temporis (si rectius intraspiciatur) non important praescriptionem, sed temporis qualitatem. Verbum enim conditio aliquando importat qualitatam».

Эта реакція въ концѣ концовъ одержала верхъ, и ко времени папы Григорія XIII въ статутахъ, изданныхъ горо-

---

[1]) Putei—Decisiones; Venetiis 1605, lib. II, decis. 176, fol. 195.

[2]) Buratto—Decisiones Rotae Romanae 1637 Romae; decis. 271.

[3]) Crescenti—Decisiones Rotae; de restitutione. spoliatarum, decis. III-p. 74 Romae 1717. Decisiones S. Rotae Romanae (Mantica) Coloniae Allob. rogum 1620 Decis. 181, № 2 p. 262; Pacioni—Allegationes civiles et canonicae S. Rotae Romanae Lugdini 1700, fol. 217.

[4]) Putei—Decisiones, lib. I, deci . 15 fol. 44).

[5]) Contardi—Comentarii in l. un. Cod. si de moment. poss. fuerit appell. Venet. 1574. Limit. II, § 4, fol. 193.

домъ Римомъ, въ титулѣ—de praescriptiouibus spolii, мы читаемъ.

»Actio spolii ultra annos triginta non detur, nisi de spolio cum violentia doceatur» [1]).

Давность иска и на случай spolium'a cum violentia, какъ можно предполагать, согласно указанію Costa [2]), была установлена лишь папой Климентомъ VIII, около 1605 года, истеченіемъ 40 лѣтней общей давности, введенной имъ для a. spolii.

Замѣтимъ здѣсь кстати, что именно въ decisiones Rotae Romanae первой половины XVI вѣка впервые мы встрѣчаемся съ наименованіемъ спеціальнаго иска въ защиту отъ spolium'a—actio spolii, взамѣнъ прежнихъ его наименованій,—то какъ condictio ex c. Redintegranda, то какъ remedium ex can. Redintegranda, или даже просто—Redintegranda. При папѣ Григоріи XIII это наименованіе получило свою законодательную санкцію, въ Statuta urbis Romae, гдѣ сказано: «Actio spolii ultra annos triginta non detur etc» [3]). Въ виду того, что названіе это введено было практикой, оказывается труднымъ вообще установить какъ точное время созданія новаго термина, такъ равно тѣ причины, которыя вызвали къ жизни новое наименованіе стараго иска.

Мы во всякомъ случаѣ считаемъ нужнымъ здѣсь указать на тотъ безспорный фактъ, что actio spolii, или ранѣе ея remedium ex can. Redintegranda, явились не продуктомъ измы-

---

[1]) Statuta almae urbis Romae, cap. 160. Romae 1580, p. 69.

[2]) Io. Batist. Costa—Tractatus de remed. sub idiar. Remed 49, fol. 149. Ticin. 1605.

[3]) См. Statuta almae urbis Romae, cap. 160, p. 69. Romae 1580; ср. Putei—Decisiones edit. Venet. 1605; lib. II, decis. 176 fol 145; decis. 278. fol. 224. Farinacei—Decisiones Rotae Romanae Lugdini 1640 t. I, рѣшен. отъ 1542 г. Peyna—Decisiones Sanctae Rotae Romanae t. I, decis. 771 отъ 1599 г., 1805 (1607 г.) и др. Bruns ошибочно относитъ появленіе названіе actio spolii къ 1676 году. Dernburg, Randa, Meischeider видятъ появленіе его впервые въ Германіи не ранѣе XVIII вѣка—Dernburg Pandekten I, § 189; Randa Der Besitz стр. 144 пр. 43; Meischeider—Besitz und Besitzesschutz, стр. 168.

шленій законодателя, его досужимъ изобрѣтеніемъ, но были созданы условіями самой средневѣковой жизни, имѣя часто практическое свое примѣненіе даже противъ желанія на то законодателей, стремившихся не разъ или обезличить этотъ институтъ и подвести его подъ рамки обычныхъ средствъ поссессорной защиты римскаго права, или даже совершенно уничтожить.

Уже это одно показываетъ, насколько remedium spolii оказался дѣйствительно отвѣчавшимъ запросамъ и нуждамъ общественной жизни того времени, которая и создала и поддерживала институтъ этотъ.

Своеобразность и происхожденія, и содержанія этого института, какъ продукта средневѣковаго быта, незбѣжно повлекла за собою неудачу всѣхъ попытокъ юристовъ стараго и новаго времени подчинить его во всемъ правиламъ римскаго права касательно поссессорной защиты [1]).

Такъ Брунсъ [2]) признавалъ remedium ex c. Redintegranda, въ его распространительномъ примѣненіи, (какое было отмѣчено нами выше), имѣющимъ характеръ виндикаціи вещи, основанной лишь на простомъ владѣніи, даже на держаніи. Отсюда однако еще не слѣдуетъ признавать искъ этотъ этотъ результатомъ заблужденія средневѣковыхъ юристовъ и ихъ неумѣнія научно обработывать институты на началахъ римскаго права.

Между тѣмъ такое воззрѣніе имѣло и имѣетъ еще сторонниковъ въ литературѣ.

Такъ Савиньи, создавая свою знаменитую теорію владѣнія по римскому праву, устранялъ при этомъ тѣ элементы, которые, по его мнѣнію, уже проникли въ этотъ институтъ, позднѣе, лишивъ его первичной чистоты и цѣльности. Онъ между прочимъ разсматривалъ и a. spolii какъ одно изъ аномальныхъ явленій въ институтѣ владѣнія, и утверждалъ что средневѣковые юристы, не зная хорошо римскаго права, и слѣдовательно, не имѣя возможности усвоить себѣ точныя понятія о possessio, нашли болѣе удобнымъ создать новый

---

[1]) Ср. Ruffini—L'actio spolii 1889 г., стр., 397.

[2]) Bruns—Die Besitzklagen cit. § 20, стр.. 214.

юридическій путь, который, благодаря своей обширности и неопредѣленности, избавилъ бы ихъ отъ необходимости изучать римское право [1]).

Не вдаваясь въ критику ученія Савиньи по этому вопросу, особенно послѣ суровой отповѣди ему со стороны Іеринга, [2]) мы можемъ здѣсь лишь замѣтить, что Савиньи далъ очевидно ошибочную оцѣнку a. spolii, увлеченный созданной имъ теоріей, что владѣльческіе интердикты должны быть деликтными исками, и желая непремѣнно сохранить цѣлостность своего ученія.

Въ настоящее время никто не станетъ сомнѣваться въ томъ безспорномъ фактѣ, что моментъ развитія remedium'a spolii совпадаетъ по времени именно со временемъ расцвѣта рецепціи римскаго права и его научно—теоретической разработки въ средніе вѣка. Уже Брунсъ [3]) указалъ, насколько въ смутныя времена XIII и XIV вѣковъ, когда въ Италіи всюду процвѣтали произволъ и кулачное право,—насколько въ это время были необходимы экстраординарныя обширнѣйшія мѣры для защиты владѣнія. Потребность въ этомъ стала еще болѣе острой, благодаря невѣроятной волокитѣ, дороговизнѣ и сложности обыкновеннаго римско-каноническаго судопроизводства. Если средневѣковые юристы называли доказываніе собственности probatio diabolica, то это объясняется главнымъ образомъ именно сложностью процессовъ того времени о собственности. Собственникъ, хорошо защищенный по римскому праву петиторными исками, не имѣлъ уже возможности съ успѣхомъ и легко пользоваться этими же средствами защиты въ средніе вѣка, какъ объ этомъ свидѣтельствуютъ намъ Иннокентій III и Фридрихъ II. Отсюда возникла идея о смягченіи крайностей, какія давалъ средневѣковый rigor civilis. То же замѣчается въ дѣлѣ защиты и другихъ, кромѣ собственности, правъ. Лучшимъ средствомъ здѣсь явилась поссессорная защита въ ея разно-

---

[1]) Savigny—Das Recht des Besitzes § 50.
[2]) Ср. Ihering—Grund des Besitzschutzes § 8.
[3]) Bruns—Das Recht des Besitzes § 30.

образныхъ видахъ. Потому то средневѣковая практика и стремилась дать поссессорную защиту всякаго рода правоотношеніямъ, создавая вмѣстѣ съ тѣмъ самыя своеобразныя формы для такой защиты.

Remedium (позднѣе actio) spolii было основнымъ изъ этихъ экстраординарныхъ средствъ защиты. Оно допускалось въ возможно обширномъ примѣненіи, гдѣ не только можно было создать поссессорную защиту, но вообще гдѣ являлась необходимость возстановленія status quo, отвѣчая вполнѣ стремленію общества въ тѣ смутные эпохи кулачнаго права охранять во что бы то ни стало фактическое состояніе отношеній отъ покушеній нарушить его самоуправно.

Примѣненіе этого иска неизбѣжно должно было колебаться въ своемъ объемѣ сообразно съ тѣмъ состояніемъ тишины и порядка, какое въ данное время было въ обществѣ.

Среди новыхъ юристовъ имѣется не мало сторонниковъ признанія a. spolii за искъ петиторный; причемъ одни считаютъ его имѣющимъ цѣлью своею защиту собственности, другіе признаютъ его примѣнимымъ и въ защиту добросовѣстнаго владѣнія.

Сторонниками такого возрѣнія можно указать Миттермайера[1]) и особенно Дельбрюка[2]).

Дельбрюкъ, какъ сторонникъ признанія a. spolii результатомъ рецепціи нормъ германскаго права, замѣчаетъ, что институты и принципы германскаго права, гдѣ не различались фактъ отъ права, владѣніе отъ собственности, и гдѣ спеціальный вещный искъ имѣлъ смѣшанный поссессорно-петиторный характеръ, не утратили своего значенія въ средневѣковой итальянской жизни. Здѣсь они продолжали свое существованіе въ видѣ разнообразныхъ новыхъ юридическихъ институтовъ, неизвѣстныхъ римскому праву. Таковы, напр., новый способъ различія видовъ владѣнія, многочисленныя презумпціи, possessorium ordinarium, officium judicis,

---

[1]) Mittermayer—Das gemeine deutsche bürgerliche Process § 290.

[2]) Delbrück—Die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857.

remedium ex lege «Si coloni», condictio ex lege «Quum quaerebatur» и др., особенно же actio spolii. Послѣдняя, поскольку она давалась противъ насильника, собственно говоря, свободно могла быть разсматриваема какъ искъ поссессорный, явившійся естественнымъ развитіемъ римскаго интердикта Unde vi. Но поскольку a. spolii примѣнялась противъ третьяго владѣльца (не насильника), она являлась рецепціей вещнаго иска германскаго права, и потому была настоящимъ петиторнымъ искомъ. Эту свою функцію a. spolii выполняло въ двухъ различныхъ формахъ: или какъ искъ, основанный на предшествовавшемъ добросовѣстномъ владѣніи, или какъ искъ, зависящій отъ недобровольной утраты владѣнія; причемъ при каждой формѣ этой допускались противъ иска различныя возраженія.

Какъ справедливо замѣчаетъ въ этомъ отношеніи Гейслеръ [1]) во всякомъ случаѣ Дельбрюкъ не даетъ никакихъ указаній на то, какимъ образомъ вещный искъ германскаго права могъ проявляться въ тѣхъ разнообразныхъ формахъ защиты status quo, какія были нами указаны выше; причемъ a. spolii сама представляется не болѣе какъ только одной изъ этихъ формъ.

Такимъ образомъ если и признавать, что не мало элементовъ, свойственныхъ германскому праву, проникло въ каноническій процессъ о защитѣ владѣнія, то все же на основаніи этого одного обстоятельства нельзя еще считать a. spolii непремѣнно случаемъ такой рецепціи германскаго института, у котораго средневѣковая практика удовольствовалась лишь перемѣной оболочки и аксессуаровъ, не вводя ничего новаго по существу.

Съ точки зрѣнія систематики Delbrück [2]) основываетъ свои соображенія на слѣдующемъ, именно, что искъ противъ третьяго владѣльца вещи никогда не можетъ быть поссессорнымъ искомъ, причемъ, будетъ ли этотъ третій добросо-

---

[1]) Heusler—Die Gewere стр. 304 слѣд.

[2]) Delbrück—Nachträge zur dinglichen Klage des deutschen Rechts—Iher. Iahrb. 1871, B. X, S. 110—116, а равно см. Ziebarth—Die Realexecition und die Obligation 1866 S. 262—271.

вѣстнымъ или недобросовѣстнымъ владѣльцемъ — безразлично. Поссессорный искъ, какой можно предъявить противъ третьяго владѣльца, будетъ служить не для охраны владѣнія, но самъ станетъ постоянной угрозой владѣнію, сдѣлавшись такимъ образомъ покровителемъ и пособникомъ для насильниковъ и разбойниковъ, а не для законныхъ владѣльцевъ [1]).

Справедливо замѣтилъ въ этомъ отношеніи Bruns [2]), что по своимъ послѣдствіямъ поссессорная защита является какъ бы обоюдоострымъ оружіемъ, которое, если его слишкомъ отточить, можетъ не только быть безполезнымъ, но даже и прямо опаснымъ.

Если при такой защитѣ оставляется совершенно вопросъ о правѣ лица на владѣніе, то хотя этимъ, съ одной стороны, и дается управомоченному лицу средство получить свою вещь скорѣе и легче, чѣмъ при помощи петиторнаго иска, съ другой стороны, искъ такой идетъ на помощь и неправому владѣльцу. Такимъ образомъ здѣсь на лицо выгоды и невыгоды, которыя вмѣстѣ увеличиваются пропорціонально тому, какъ расширяется область поссессорной защиты. Но нельзя рѣшить a. priori, которая изъ этихъ двухъ точекъ зрѣнія должна одержать верхъ,—боязнь ли невыгодъ или соображеніе о выгодахъ, п. ч. рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ большого числа историческихъ условій, права и опыта юридической жизни. Во всякомъ случаѣ законъ, желающій получить выгоду отъ этой мѣры защиты, долженъ какъ добавленіе, получить и неудобства, изъ нея истекающія, какъ неизбѣжное послѣдствіе самой мѣры. Конечно, когда практика покажетъ, что въ данное время поссессорная за-

---

[1]) Въ этомъ отношеніи Дельбрюкъ и Цибартъ сходятся въ ихъ выводахъ съ положеніями, много ранѣе ихъ высказанными у Costa—(см. Ioan-Batista Costa.—Tractatus de remediis subsidiariis Remed, 49. fol. 149 Ticin-1608), который утверждалъ, что допущеніе Remedium'a ex canone Redinte. granda противъ третьихъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ является уже не защитой владѣльцевъ, но „ad omnes justos possessores spoliandos et iniquietandos".

[2]) Bruns—Die Besitzklagen... cit. стр. 217.

щита становится слишкомъ уже выгодной для насильниковъ, тогда защита такая д. б. отмѣнена или измѣнена; но даже, и при такихъ условіяхъ законодательство можетъ предпочесть выгоды, какія доставляетъ законному владѣльцу обширная область примѣненія такой защиты, тѣмъ невыгоднымъ послѣдствіямъ, какія поссессорная защита можетъ повлечь за собою, охраняя интересы неправыхъ владѣльцевъ. Другими словами, и въ такихъ случаяхъ законодатель можетъ допустить поссессорную защиту противъ третьихъ лицъ [1]).

Безспорно, соображеніе выгодъ отъ покровительства законнымъ владѣльцамъ и невыгодъ отъ охраны въ тоже время и неправаго владѣнія можетъ, а въ извѣстныхъ случаяхъ даже должно, при обычномъ теченіи жизни, оказать вліяніе на большую или меньшую область примѣненія поссессорной защиты. Но такое соображеніе не представляетъ собою raison d'être защиты владѣнія. Другими словами, соображеніе выгодъ и неудобствъ, о которыхъ мы говорили выше, можетъ быть границей, но не основаніемъ защиты владѣнія.

Remedium ex can. Redintegranda (actio spolii), какъ правильно утверждаетъ Брунсъ [2]), никогда не имѣло своей основной задачей защиту собственности. Такой цѣли нашъ искъ уже прямо противорѣчитъ по самой идеѣ его созданія. Remedium ex canone Redintegranda, въ своемъ первичномъ видѣ, было установлено не въ цѣляхъ того, чтобы сдѣлать излишнимъ петиторный искъ, но предполагало искъ этотъ какъ свое необходимое послѣдствіе. Такимъ образомъ когда позднѣе оно превратилось въ самостоятельный искъ, послѣдній нашелъ свое raison d'être не въ необходимости защиты собственника, которому не хватило средствъ доказать свое право петиторнымъ порядкомъ; но именно въ принципѣ болѣе общаго характера и болѣе высшаго, сравнительно съ соображеніями имущественнаго характера, а именно въ принципѣ: spoliatus ante omnia restituendus. Нельзя говорить о спеціальномъ законодательствѣ, безусловно поставившемъ

---

[1]) Bruns—cit. стр. 219.

[2]) Bruns—cit. стр. 221.

выгоды отъ обширной защиты владѣнія выше невыгодъ, фатально связанныхъ съ послѣдней. Можно лишь говорить, что вся средневѣковая практика и всѣ многочисленныя законодательства того времени, признавшія actio spolii, неизбѣжно чувствовали, благодаря особымъ условіямъ того времени, потребность, чтобы владѣнія были ясны и обезпечены, не обращая при этомъ вниманія на вредъ или выгоду этого принципа для имущества отдѣльныхъ частныхъ лицъ.

Поэтому то и не обращалось вниманія, при установленіи такой защиты, на bona или mala fides, на titulus или давность. Установленіе границъ для примѣненія этого средства защиты владѣнія явилось или плодомъ дѣятельности отдѣльныхъ изслѣдователей, или подъ вліяніемъ германскаго права, или результатомъ той тиранніи, съ которой идеи римскаго права захватили умы юристовъ того времени. Но этимъ факторамъ удалось оказать вліяніе лишь въ концѣ среднихъ вѣковъ и въ новое время, когда смутныя времена соціальныхъ неурядицъ и господства самоуправства, т. е. тѣ именно условія, при которыхъ вышла и развилась actio spolii, стали въ значительной степени ослабѣвать и смягчаться. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако a. spolii никогда и позднѣе не утрачивало, по общему ученію, своего характера поссессорнаго иска. Если же нѣкоторые петиторные элементы проникали иногда въ этотъ искъ (напр. exc. dominii), то причиной этого являлась слабость научнаго развитія законовѣдовъ того времени, которые не умѣли съ точностью отличать иски петиторный отъ поссессорнаго. Подтвержденіе сказанному мы имѣемъ въ томъ фактѣ, что тѣ же петиторные элементы вводились и въ *интердикты,* поссессорная природа которыхъ однако не подлежала никогда ни малѣйшему сомнѣнію.

До послѣдняго времени въ юридической литературѣ можно еще встрѣтить временами воззрѣніе на actio spolii, какъ на «расширенный» interd. Unde vi, какъ на искъ, возникшій путемъ простого расширенія области и условій примѣненія этого римскаго средства поссесорной защиты [1]).

[1]) См. напр., F. Regelsberger. Besitzschutz nach römischen Recht, nach gemeinen Recht und nach der BGB.; въ Festschrift fiir die juristische Facultät zu Giessen 1907 S. 265.

Отвѣтомъ на это мнѣніе служитъ все, что мы сказали выше про разсматриваемый здѣсь институтъ. Средневѣковые юристы, реципируя римскія средства поссессорной защиты, сами признавали, что церковь *рядомъ* съ ихъ дѣятельностью въ области созданія новаго права, заботясь объ охранѣ епископовъ противъ насильниковъ, изобрѣла своеобразный способъ защиты, дѣйствительно похожій по цѣлямъ и задачамъ своимъ на римскія рекуперaторныя средства. Это—церковное remedium spolii, которое сперва было экстраординарнымъ средствомъ защиты, въ видѣ officium'a judicis, ни искомъ, ни exceptio въ собственномъ смыслѣ, постепенно, въ теченіи трехъ вѣковъ, трудами не законодателей, а главнымъ образомъ юристовъ-канонистовъ, развилось въ институтъ частнаго права, вѣрнѣе въ два института—искъ и exceptio. Съ этого времени a. spolii, получивъ самостоятельное существованіе, была разработана легистами и канонистами на началахъ не только интердиктовъ и исковъ de dolo и quod metus causa, но равно подъ значительнымъ воздѣйствіемъ началъ германскаго права. При этомъ новый искъ сталъ съ успѣхомъ примѣняться *рядомъ* съ Unde vi, и конкуррируя съ послѣднимъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако Unde vi всюду изучался и канонистами и легистами отдѣльно и обособленно отъ a. spolii, причемъ большинствомъ ихъ ясно сознавалось различіе въ самой природѣ обоихъ исковъ. Словомъ, необходимо прійти къ тому неизбѣжному, съ исторической точки зрѣнія, выводу, что a. spolii не является никоимъ образомъ простой модификаціей Unde vi. Ядро этого института взято изъ другого, не римскаго права; разработанъ онъ на началахъ каноническаго и германскаго правъ, по римскимъ образцамъ лишь. Какъ поссессорный искъ a. spolii есть specificum среднихъ вѣковъ, ихъ дѣтище, вызванное къ жизни соціально-экономическими условіями, а не рецепціей нормъ римскаго права, при томъ развившееся удивительно своеобразнымъ образомъ, безъ санкціи законодателя, даже вопреки его желанію, благодаря совмѣстной дѣятельности юристовъ-канонистовъ и судебной практики того времени.

Съ догматической точки зрѣнія, согласно communis opinio canonistarum, можно установить слѣдующія главнѣйшія черты отличія a. spolii отъ unde vi:

1) Основаніемъ нашего иска м. б. не только vis, но spolium, подъ которымъ понимается всякая injusta causa omissionis, всякое неправомѣрное отнятіе вещи вопреки волѣ на то ея обладателя.

2) Защищались при помощи a. spolii не только possessores, но и держатели.

3) Предъявлена она м. б. не только противъ споліатора, но противъ всякаго владѣльца споліированной вещи, являясь такимъ образомъ, съ точки зрѣнія римской терминологіи, actio in rem scripta.

4) Давалась она въ защиту отъ spolium'a не только вещей движимыхъ и недвижимыхъ, но равно и правъ, не исключая и личныхъ, если только (согласно мнѣнію большинства) они допускали повторное осуществленіе своего содержанія, а не погашались uno actu.

5) Истецъ при a. spolii долженъ былъ лишь доказать, что владѣлъ вещью *ранѣе* отвѣтчика; откуда возникала презумпція продолженія болѣе ранняго владѣнія и порочности владѣнія отвѣтчика. Доказывать свое владѣніе и фактъ spolium'a какъ это нужно было при unde vi—здѣсь не требовалось.

Часть III-я.

Actio spolii въ свѣтскомъ правѣ.

Actio spolii у Глоссаторовъ и Легистовъ.

Искъ изъ канона Redintegranda получилъ права гражданства въ свѣтскомъ законодательствѣ сравнительно поздно, даже въ самой Италіи не ранѣе XIV вѣка [1]); съ XV же вѣка мы встрѣчаемся съ Redintegranda у всѣхъ легистовъ, которые спеціально занимались вопросомъ о владѣніи [2]). Объяснить такое сравнительное запозданіе рецепціи свѣтскимъ правомъ этого иска, созданнаго церковной жизнью и канонистами, можно тѣмъ, что Глоссаторы, спеціально изучавшіе источники римскаго права и задачей всей дѣятельности своей ставившіе пересадку нормъ этого права на родную почву, уже тѣмъ самымъ не считали нужнымъ заниматься новымъ искомъ, противопоставленнымъ практикой искамъ римскаго права. У глоссаторовъ мы и встрѣчаемся лишь съ краткими указаніями на этотъ искъ [3]). Да и позднѣе искъ этотъ проникъ въ свѣтское право не сразу, главнымъ образомъ потому, что неблагопріятное къ нему отношеніе папскаго законодательства, когда высшая духовная власть отреклась, такъ сказать, отъ condictio ex canone Redintegranda, вліяло вред-

---

[1]) См. Bruns-Das Recht des Besitzes. S. 257.

[2]) Такъ о ней говоритъ Альціатъ (Alciati—Opera t. I, p. 1441 и 1463 De possessione): «aliud uberius remedium addiderunt Pontifices»; см. еще Constantinus Rogerius—De remediis possessoriis—l. Tractatus juris univers. t. III, p. II, p. 425; Ioan. Crisp. de Montibus—Termini actionum № 64—въ Tractatus actionum p. 202; Ripa—Commentarius de possessione Taurini 1574 fol. 202—«Materia utilis et quotidiana, quae in curiis continuo prae manibus versatur». См. еще Bruns—Das Recht des Besitzes § 32.

[3]) Напр. у Azo см. Landsberg-die Quaesiones des Azo Freiburg 1888 s. 80.

но на свѣтскихъ юристовъ при ихъ попыткахъ заняться этимъ искомъ. Позднѣе, съ раскрытіемъ подложности Исидоровыхъ Декреталій, порокъ происхожденія can. Redintegranda—этой основы иска—дѣйствовалъ еще болѣе охлаждающимъ образомъ. Только начиная съ того времени, какъ a. spolii стала господствующей въ правѣ каноническомъ, ею начала болѣе внимательно заниматься и свѣтская юриспруденція. Но и послѣ такой перемѣны отношеній свѣтскихъ юристовъ къ иску многіе изъ послѣднихъ продолжали враждебно относиться къ нему, признавая нужнымъ исключить изъ этого иска его наиболѣе характерные признаки, чтобы такимъ образомъ ограничить область и условія его примѣненія областью и условіями примѣненія другихъ средствъ поссессорной защиты [1]).

Юристовъ этого времени, писавшихъ о Redintegranda, можно раздѣлить на двѣ группы; одни изъ нихъ, основываясь на содержаніи Corpus juris civilis и руководствуясь болѣе теоріей, чѣмъ практикой, старались ограничить и съузить область примѣненія Redintegranda. Другіе, основываясь на фактѣ ея распространенности на практикѣ и въ судебныхъ обычаяхъ, признавали примѣненіе Redintegranda среди мірянъ въ полномъ объемѣ, какой получила она къ этому времени въ правѣ каноническомъ.

Представителемъ перваго направленія можно указать Menochius'a Признавая Redintegranda защищающимъ между прочимъ и недобросовѣстнаго владѣльца, онъ отрицаетъ однако возможность примѣненія этого иска для простого детентора [2]).

---

[1]) Ferdinandez de Retes—De interdictis et remediis possessoriis, въ Meermann—Thesaurus juris I. VII. p. 514.

[2]) См. Menochii—De recuperandae possessionis remedio XV, № 62, 50—52. Относительно характера направленія этого автора нѣтъ согласія среди новѣйшихъ изслѣдователей; Bruns—cit. стр. 259—260, считаетъ его въ числѣ противниковъ новаго иска, съ чѣмъ согласенъ и Meischeider Besitz und Besitzesschutz стр. 148. Напротивъ Délbrück—cit стр. 166 причисляетъ его къ сторонникамъ распространительнаго примѣненія Redintegranda.

Menochius не допускалъ Redint. противъ добросовѣстнаго владѣльца cum titulo (cit. № 64—94). Какъ при Unde vi, здѣсь истцу было достаточно доказать свое болѣе раннее владѣніе и фактъ владѣнія въ данный моментъ за противникомъ (cit. № 383, 397), при чемъ какъ при Unde vi здѣсь не допускалась exceptio dominii. Отличіе отъ Unde vi Menochius признавалъ за Redintegranda въ томъ лишь, что допускалъ его для движимостей и для res incorporales (cit. № 193). Отличіе очень слабое, тѣмъ болѣе, что самъ же Menochius допускаетъ въ двухъ послѣднихъ случаяхъ примѣненіе Unde vi utiliter. (ibid. № 200). Наконецъ, Menochius добавляетъ, что при спорахъ о бенефиціяхъ истецъ долженъ былъ colorare possessionem (ibid. № 407) [1]).

Представитель другого воззрѣнія Pontanus [2]) излагаетъ ученіе о Redintegranda безъ какихъ либо ограниченій въ условіяхъ примѣненія этого иска. Самое изслѣдованіе свое—De Spolio онъ, въ Praefatio, начинаетъ замѣчаніемъ о томъ, что самое слово spolium имѣетъ въ правѣ обширный смыслъ:

> «In jure latissimum, continens id omne cujus restitutio denegatur primo possessori; plures tamen habens in se sinus ac species invicem dissimiles, variisque temporibus editas, et propriis subsidiis munitas, prout temporum eventus, et occasio postulare videbantur».

Здѣсь онъ признаетъ искъ ex. c. Redintegr. за remedium sui generis, примѣняющійся «in singulis generibus spolii tam comprehensis, quam omissis in aliis constitutionibus de spolii latis», причемъ въ отличіе отъ Menochius, даетъ этотъ

---

[1]) Другіе комментаторы, такъ напр. Angelus de Ubaldo—Consilia Francofortii 1575 fol. 101 признавали его нарушеніемъ области jus civile, въ предѣлахъ, установленныхъ Иннокентіемъ III по его C. Saepe contingit. Другіе, напр., Bartolus (in. l. 15 De possess.), Baldus (Consil. III. 307) разсматривали его объединенно съ интердиктами. При этомъ отъ Бартоло происходитъ мнѣніе, позднѣе получившее много сторонниковъ. Бартоло признавалъ Redintegranda допустимимъ лишь противъ третьяго владѣльца, имѣющаго тяжбу съ тѣмъ, кто потерпѣлъ spolium; причемъ не имѣла значенія bona или mala fides этого третьяго лица. Того же мнѣнія напр. Giason de Mayno—Prima Dig. De poss. L. 15 Taurini. 1542 fol. 113.

[2]) Pontanus—De Spolio. Tractatus univers. juris t. XIV, fol. 270.

искъ въ защиту и держателей, противъ всякаго владѣльца даже титулованнаго и добросовѣстнаго [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ Pontanus указываетъ, что не требовалось для предъявляющаго этотъ искъ никакой «directam spolii aut vitii probationem», и допускаетъ здѣсь простую praesumptio, опредѣляя послѣднюю точно и подробно въ этомъ отношеніи. Онъ замѣчаетъ, что доказываніе при этомъ совершается различно, именно сообразно съ тѣмъ, идетъ ли дѣло о spolium'ѣ вещей in commercio или о res religosae и incorporales. Въ отношеніи къ первымъ (res in commercio) должно доказывать болѣе раннее владѣніе истца и фактъ наличности владѣнія у отвѣтчика. При этомъ существуетъ praesumptio medii temporis, т. е. предположеніе продолженія прежняго владѣнія за истцомъ до самого времени доказыванія injustae possessionis отвѣтчика, если послѣдній не докажетъ противнаго (ibid. № 79, 80). Предъявляя искъ, достаточно было истцу доказать фактъ своего болѣе ранняго владѣнія, хотя бы въ теченіе самаго непродолжительнаго времени, потому что

«temporis ....qualitas nec in brevitate, aut in diuturnitate regulariter impediat agentem de spolio» [2]).

Остальные писатели раздѣлились между этими двумя воззрѣніями [3]). De Ferrariis (Practica aurаea p. 335 № 8) допуская Redintegranda безъ ограниченій, замѣчаетъ при этомъ, что по условіямъ примѣненія эта мѣра защиты владѣнія, «valde levis et trufatoria», и считаетъ желательнымъ ея практику лишь въ области церковныхъ отношеній и для одного

---

[1]) Pontanus—cit. № 115, 126, 129.

[2]) Pontanus—cit. l. III, cap. II, № 83.

[3]) Съ Redintegranda мы встрѣчаемся у всѣхъ юристовъ, которые и въ позднѣйшее время писали о владѣніи. Такъ, изъ итальянскихъ авторовъ можно указать здѣсь: 1) Contardus—Commentaria in leg. unicam... Venet. 1574 p. 142; 2) Decianus—Responsa Venetiis 1602 t. IV p. 23 слѣд. 3) Gabriclli—Conclusiones. De restitut. spolii 1570 p. 393 и др. 4) De Ferrariis въ его Practica aurea—Lugdini 1570 p. 293 № 7; Parisius—Consilia 1576 r. consil. 29 p. 160. Costa—Tractatus de remediis subsidiariis. Taurini 1608 fol. 149, Remed. 49. Farinaceus—Repertorium judiciale Lugdini 1639 quaest. 22, fol. 70.

лишь духовенства. Большинство юристовъ, однако было противъ такого ограниченія [1]). Не мало и такихъ писателей, которые ограничивали возможность защиты недобросовѣстнаго владѣнія путемъ Redintegranda, дозволяя примѣнять въ такихъ случаяхъ exceptio vitii [2]).

Большинство легистовъ при этомъ даютъ Redintegranda въ защиту detentio. Contardus пишетъ въ этомъ отношеніи:

«Id fit, quia non tantum loquor de spoliatis, sed etiam de ejectis, quasi quod hoc ultimum verbum adaptetur etiam ad mandatarium, depositarium et pari ratione ad conductorem».

Онъ добавляетъ, далѣе, что нѣкоторые писатели, подъ вліяніемъ Redintegranda, даже стали ошибочно давать въ защиту держателей int. Unde vi [3]).

Многіе писатели признавали допустимость этого иска безъ ограниченій противъ всякаго третьяго владѣльца вещи, получившаго ее сингулярно или универсально bona fide или cum titulo [4]). Но другіе оспаривали такое примѣненіе его, указывая, что въ такомъ случаѣ Redintegranda окажется даваемой скорѣе не въ защиту владѣнія, но для безпрерывнаго безпокойства всѣхъ законныхъ владѣльцевъ [5]).

Постепенно здѣсь начинаетъ развиваться мысль о возможности примѣненія Redintegranda въ видѣ защиты всякаго рода правъ отъ ихъ нарушенія, и о возможности spolium'a всѣхъ тѣхъ правъ, для какихъ это было уже признано канонистами. Въ этомъ отношеніи свѣтское право пошло даже далѣе, допустивъ примѣненіе Redintegranda въ защиту не только супружескихъ, но еще и другихъ правъ семейственныхъ, а равно правъ по личнымъ обязательствамъ, не смотря

---

[1]) Decianus—Responsa IV, 3 № 109 p. 23; Giason de Mayno—Commentarii l. XV Taurini 1592 fol. 113 № 20 и друг.

[2]) Ср. Gabrielli—Conclus. fol. 1407; Parisius—Consilia Venetiis 1593 fol. 67 vol. I.

[3]) Contardus—Commentarius in l. unic. Cod. Si de moment. poss. Limit. 21, fol. 230 № 11; ср. Gabrielli—Conclus. fol. 1407 № 7.

[4]) Таковы: Hondedeus—Consilia Venetiis 1604 l, 17 fol. 97; De Novizanis—Consilia Venetiis 1573. Cons. 78.

[5]) Ioh. Babtist. Costa—Tractatus de remediis subsidiariis Taurini 1608 Remed. 49, fol. 149.

на сильную оппозицію въ этомъ отношеніи со стороны многихъ писателей [1]).

Большинство легистовъ въ этомъ спорномъ вопросѣ оказалось на сторонѣ воззрѣнія, высказаннаго Бартоло, согласно которому въ отношеніи обязательствъ личныхъ spolium, и слѣдовательно Redintegranda, могли быть допускаемы лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда изъ обязательства возникаетъ право на самою личность обязавшагося [2]).

На этомъ однако развитіе защиты владѣнія въ средніе вѣка не остановилось. По отношеніи къ обязательствамъ вообще стали, въ концѣ XVI вѣка, признавать, что отказъ въ удовлетвореніи кредитора по обязательству уже тѣмъ самымъ ставитъ послѣдняго въ положеніе spoliatus'a; причемъ однако полагали, что въ такомъ случаѣ кредиторъ могъ выбирать между средствами retinendae и recuperandae possessionis, утверждая, что, не смотря на spolium, кредиторъ сохранялъ при этомъ за собою possessio civilis. Такъ Postius пишетъ [3]).

«Si denegatur solutio, potest possessor animo retinere civilem possessionem et petere, ut manuteneatur in quasi possessione sua;—est tamen in facultate ejus, cui est denegata solutio habere se pro spoliato, et intentare remedium recuperandae possessionis».

Обычнымъ средствомъ защиты при этомъ была Redintegranda; хотя допускалось здѣсь даже Unde vi. По этому поводу мы читаемъ у Menochius'a [4]):

«Si pro quasi possessione rei incorporalis conceditur saltem utile interdictum Unde vi..... quanto fortius hoc nostrum (Redintegranda), quod dicitur illo pinguius».

Равнымъ образомъ Pontanus замѣчаетъ, что Redintegranda дается тому, «cui fuerit denegata soluta praestatio juris incorporei, ex quo dicetur quasi possessione spoliatus [5]).

---

[1]) См. Bruns—cit. § 34. S. 274, fg.

[2]) Bartolus—in l. 2 Dig. 43, 2:—„Si aliquis debet mihi dare aliquid annuum, propter quod habeo aliquod jus in ejus persona, quia est meus vassalus, vel ascriptitius, ita quod habeo aliquod jus reale in ejus persona: tunc possum agere interdicto etiam possessorio.

[3]) Postius—De Manutenendo Observ. 57—58:

[4]) Menochii—cit. Remed. XV, № 200.

[5]) Pontanus—cit. cap. XIII, lib. 1, II, № 119.

Мало того, Costa пошелъ еще дальше, допуская примѣненіе Redintegranda «in subsidium contra consulentes dejectionem vel spoliationem», именно въ случаяхъ несостоятельности самихъ должниковъ—споліаторовъ [1]).

Какъ сообщаетъ Bellamera [2]) были легисты, которые утверждали, что при condictio ex c. Redintegranda истецъ долженъ былъ всегда colorare possessionem ссылкой на титулъ, въ виду того, что кто хочетъ выиграть процессъ, тотъ долженъ «aliquid plus habere, cum jus agendi fortius esse oportet, quam jus excipiendi».

Спорнымъ былъ вопросъ, возможна или нѣтъ противъ Redintegranda аппелляція. Contardus указываетъ, что въ этомъ отношеніи было три основныхъ ученія [3]).

a) Одни это безусловно допускали.

b) Другіе, въ томъ числѣ Baldus, различали: «Aut appellatur super condictione casu reint., quando succedit loco interdicti;» причемъ считали, что «denegandam esse appellationem». Или же «succedit loco actionis quod metus causa, vel de dolo; et tunc admittenda est appellatio».

c) Третьи, наконецъ, въ числѣ коихъ и Contardus, отрицали аппелляцію за проигравшими Redintegranda, хотя никакихъ запретовъ этому въ jus canonicum и не указано, ссылаясь при этомъ на общее правило jus civile, гдѣ нѣтъ аппелляціи въ поссессорныхъ искахъ вообще.

Другими словами, мы видимъ, что и у легистовъ, даже въ большей несравненно степени, чѣмъ у канонистовъ, по цѣлому ряду основныхъ вопросовъ, касающихся юридической природы и условій примѣненія actio spolii такъ и не составилась communis opinio. Взамѣнъ того въ сочиненіяхъ ихъ наблюдаются самыя различныя мнѣнія и ученія даже по тѣмъ вопросамъ, которые такъ или иначе уже къ тому времени были разрѣшены канонистами въ общемъ однооб-

---

[1]) Io. Batist Costa—Tractatus de remediis subsidiariis Taurin. 1608 Remed. 59.

[2]) Bellamera Sacr. decision. Canon. Venetiis 1599. Conclus. 17 p. 7.

[3]) Contardus—Commentar. in legem unicam Si de momentar. possessione fuerit appellatum sive in Aegidianam Venetiis 1574 limitatio quart. fol. 142.

разно и однообразно же примѣнялись въ практикѣ судовъ. Въ то же время однако легистамъ, не смотря на всѣ ихъ попытки создать въ области разсматриваемаго иска что либо свое и новое, такъ и не удалось получить удовлетворительныхъ результатовъ такой своей творческой дѣятельности и прійти къ какимъ либо новымъ выводамъ, сравнительно съ выработанными уже ad hoc канонистами и практикой церковныхъ судовъ.

Actio spolii въ итальянскомъ правѣ.

Разнообразіе правъ и судопроизводства является отличительнымъ признакомъ средневѣковаго юридическаго быта въ Италіи. При слабости, или вѣрнѣе, при полномъ отсутствіи центральной власти, каждый городъ, княжество, община, жили по своимъ особымъ законамъ и обычаямъ, судились въ своихъ судахъ по своимъ правиламъ судоустройства и судопроизводства. Мало того, такая правовая и процессуальная обособленность считались тогда отличительнымъ признакомъ, привилегіей, независимости отдѣльной политической организаціи.

При такомъ положеніи вещей однако мы наблюдаемъ во всѣхъ этихъ соціальныхъ организмахъ одинаковыя воззрѣнія касательно защиты владѣнія, съ точки зрѣнія борьбы противъ самоуправства.

Оно и понятно. Чѣмъ слабѣе была тогда въ какой мѣстности судебная и административная власть, тѣмъ болѣе нуждалось общество въ самыхъ рѣшительныхъ и строгихъ мѣрахъ противъ насилій, въ цѣляхъ охраны не только владѣнія, но вообще земскаго мира. Поэтому-то въ небольшихъ королевствахъ и княжествахъ, на которыя дробилась въ среднія вѣка Италія, законодатели обратили свое особенное вниманіе на борьбу противъ насилій вообще. Средствомъ для этого послужили имъ прежде всего знаменитый Decretum divi Marci, а равно законы Валентиніана II, Θеодосія и Аркадія (L. 7 Cod. Unde vi 8.4) и Nov. XIX de invas. (законъ Валентиніана II и Θеодосія [1]), но еще въ большей степени реципированное ими изъ каноническаго права remedium spolii.

Первыя безспорныя указанія на рецепцію этого средства защиты каноническаго права городовыми статутами Италіи имѣемъ мы не ранѣе XII вѣка, когда въ нихъ все

---

[1]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 199 слѣд.

болѣе и болѣе выясняется стремленіе отдѣлить поссессорные иски отъ петиторныхъ, и проникаютъ положенія права каноническаго о remedium'ѣ spolii и обязательной, officio judicis охранѣ имущественнаго состоянія лицъ отъ самовольнаго нарушенія [1]).

Самая рецепція нормъ каноническаго права о remedium spolii проведена была однако не сразу in pleno и въ чистомъ видѣ. Большинство статутовъ ранняго времени, говоря о примѣненіи int. Unde vi противъ насильниковъ, не ограничивали поссессорную защиту случаями насильственнаго отнятія вещи, когда лишь давались int. Unde vi или защита по l. 7— cod. Unde vi,—но распространили ее на случаи всякаго рода самовольнаго отнятія вещи. Другими словами, они примѣнили поссессорную защиту ко всѣмъ тѣмъ многочисленнымъ случаямъ, для которыхъ въ правѣ каноническомъ давался remedium spolii. Вмѣстѣ съ тѣмъ въ статутахъ здѣсь и не говорится непремѣнно о насиліи, а употребляются общія выраженія: spoliare sua auctoritate [2]) или «contra voluntatem possessoris seu detinentis» [3]) или «propria auctoritate, et sine licentia jusdicentis vel domini possessionis, vel ejus detentoris» [4]). Наконецъ, не мало статутовъ, въ которыхъ «spoliare» употребляется прямо въ томъ смыслѣ слова, какъ оно примѣнялось въ правѣ каноническомъ; причемъ признается поссессорная защита допустимой и въ случаяхъ juris quasi possessio [5]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ установляя самое правило каноническаго права о remedium'ѣ spolii, редакторы очень многихъ статутовъ не могли еще отрѣшиться отъ связи съ законами варварскаго періода, добавляя къ правиламъ о restitutio spoliatorum пеню съ насильниковъ за нарушеніе bannum regis.

---

[1]) См. С. Никоновъ cit. стр. 202—203.

[2]) Напр. Breve Pisani communis отъ 1286 г. издан. Bonaini, I, p. 219.

[3]) Напр. Statuta di Boiardo. Parma 1506 Criminalia, cap. 17.

[4]) Statuta civitatis Aquarum—Acqui 1618 lib. III, cap. 35.

[5]) См. наприм. Statuta di Ferrara, Cremona, Vigevano, Brescia, отъ 1557 издан. въ Венеціи 1747 г. стр. 131, кн. II, гл. 80 и др.

Напр. въ гл. 10 статута Петра II, Савойскаго, [1]) содержится правило, что всякій, кто силой отниметъ самовластно у другого движимое или недвижимое имущество долженъ уплатить bannum въ 60 солидовъ, вознаградить споліата за убытки и немедленно возстановить ему владѣніе:

«Item statuimus quod nullus dicti Comitatus spoliat vel devestiat alium sua auctoritate alicujus rei possessione, mobili vel immobili; quod si quis quidem fecerit, solvat pro banno LX solidos et incontinenti possessio restituatur spoliato, probata spoliatione ab eo, et omne dampnum quod inde fecerit, vel sostinuerit spoliatus, facta prius cassatione (taxatione?) judicis» [2]).

Такимъ образомъ мы видимъ здѣсь, рядомъ съ очевиднымъ заимствованіемъ изъ каноническаго права правилъ о remedium'ѣ spolii, явные слѣды законодательства варварскаго періода, съ его правилами о bannum и вытѣненіемъ чисто уголовнаго характера иска.

Statuta Castellarii anno 1283 [3]) равнымъ образомъ налагаютъ на споліата кромѣ обязанности возстановить владѣніе еще уплату суду 5 солидовъ:

«Item si quis alienam possessionem auctoritate propria occupaverit seu intraverit, solvat curie pro pena quinque solidos; et nihilominus fiat per antea restitutio possessionis predictae».

---

[1]) Отъ 1263—1263 года. См. Cesare Nani—Gli Statuti di Pietro II, conte di Savoia, въ Memorie della accademia delle scienze di Torino II Serie t. 33 1881 p. 73 sq.

[2]) См. еще такія же правила:

Statuta Parmae—1255 a. p. 234—«Si aliqua persona intraverit in possessonem alterius... sive (rei) mobilis sive immobilis, teneatur eam restituere cum poena et fructibus: salvo usu manentorum et antiquorum habitatorum, quem usum; tali modo interpretamur, quod potestas teneatur non facere malum neque injuriam dominis».

Statuta Ravennae 1303 c. 122—«Si quis sua auctoritate possessionem alterius invaserit vel eum inquietaverit... potestas faciat eum cessare et insuper invasori vel iniquietatori auferat bannum 20 sol., si res erit valens, 20 solidorum et si plus minusve suo arbitrtio».

[3]) Cirolamo Rossi—Gli statuti della Liguria—t. I, 1898, p. 34.

Безспорно, при этомъ самое spolium разсматривается еще съ точки зрѣнія уголовной, свойственной варварской эпохѣ въ правѣ. Со временемъ однако здѣсь самая пеня за самоуправство превращается изъ уголовнаго взысканія «за обиду» князю въ таксацію убытковъ, понесенныхъ споліатомъ, и какъ таковая взыскивается въ пользу послѣдняго, хотя нѣкоторое время все же, въ половинѣ, идетъ по прежнему въ пользу князя.

Такъ, напр., правила такія выражены въ статутахъ Кастелларо, Монако, Монтегроссо и окрестныхъ общинъ, отъ 1297 года:

Capitula Castellanie, Cuxii, Mendatice et Montisgrossi anno MCCLXXXXVII [1]).

«Qui acceperit vel abstulerit possessionem alicujus persone de aliqua re a soldis duobus supra, bannum sol. V, medietas justicie et alia qui restituet hoc quod accepit occasione dicte auferеptionis; salvo si fuerint concordes infra dies octo proximas, non esset ad bannum; salvo si accederent quod pignora banni ponerent coram justitio, sit ad bannum, si non poterit probare rem esse suam. Et qui accepit possessionem de soldis duobus infra, ban. sol. ut supra».—

Постепенно гражданская точка зрѣнія на spolium беретъ въ статутахъ верхъ, и мы все чаще встрѣчаемся здѣсь съ полнымъ заимствованіемъ нормъ каноническаго права о remed. spolii и объ обязанности судьи ex officio разбирать дѣла о нарушеніи владѣнія и возстановлять имущественное status quo лицу, потерпѣвшему spolium.

Мы читаемъ въ этомъ отношеніи еще въ Breve consulum Pisanae Civitatis a. 1162 [2]).

«Quas (possessiones) si traditas quiete quis possidere non permiserit; idest si eum de possessione dejecit, vel dejecerit, aut damnum ei occasione possessionis dedit vel dederit, aut personam offendit vel offenderit; damnum quod ei fecit vel fecerit, si, ut dictum est, inde reclamatio facta fuerit, ut a judice vel previsoribus cognoscatur et cognitum

---

[1]) Rossi—Gli statuti della Liguria. I. p. 56.

[2]) См. Bonaini—Statuti inedittі della citta di Pisa t. I. p. 8.

emendetur, sine fraude studebo, et possessionem restituam vel restituere faciam.... De ceteris autem possessionibus injuste ablatis vel invasis, dejectorem de possessione victum, expensas publicas, et advocatos dare faciam. A dejecto autem, vel eo cui res invasa fuerit, nichil pro publico tollam» [1]).

Правиломъ этимъ опредѣляется не только возстановленіе нарушеннаго владѣнія, но равнымъ образомъ дается защита retinendae possessionis и предоставляется потерпѣвшему право взыскивать понесенные имъ убытки съ нарушителя владѣнія.

Точно также и въ изданныхъ проф. Re статутахъ города Рима (13—14 вѣка), имѣется правило, по которому судьямъ предписывается въ случаѣ spolium'a недвижимыхъ или *движимыхъ* вещей, по жалобѣ споліата, немедленно приступать къ разбору дѣла sine strepitu et figura judicii и возстановлять status quo потерпѣвшему; что однако не лишаетъ споліата возможности возбуждать позднѣе искъ о *правѣ* своемъ на сполiированные предметы. Уголовный элементъ здѣсь уже совершенно отсутствуетъ [2]).

Еще болѣе яснымъ образомъ высказаны эти правила о борьбѣ противъ споліума въ главѣ 29 статута Амедея Савойскаго, отъ 1379 года [3]).

Кто, говорится здѣсь, силой лишилъ другого владѣнія имуществомъ, разъ при этомъ самый фактъ spolium'a про-

---

[1]) Ср. ibid. Breve Consulum 1164 г. I стр. 27, гдѣ почти буквально повторяется тоже самое.

[2]) Statuta della citta di Roma, public. dal prof Re. Roma 1880 pars II, cap. LXXIX, § 5 p. 129.

«Item dicimus et ordinamus quod si aliquis exfortiatus vel destitutus est vel fuerit aliquibus castris casalibus domibus villis vel vineis seu possessionibus quibuscumque stabilibus *vel mobilibus* et inde posuerit querimoniam coram senatore vel curia Capitolii, quod idem senator et curia si constituerit legitime, de exfortiamentis hujusmodi redducat illum vel illos qui sic destituti sunt sine strepitu et figura judicii in possessionem castrorum seu bonorum quibus destituti sunt, et facta restitutione ipsa si expoliator ipsarum rerum creddit in eis jus habere illud ordine judiciario prosequatur».

[3]) См. Nani—Gli Statuti dell'anno 1379 di Amedeo VI, conte di Savoia 1881 p. 56.

изошелъ очевидно для всѣхъ, или когда это насиліе стало явнымъ для суда, въ такомъ случаѣ насильникъ долженъ возвратить отнятое потерпѣвшему. При этомъ не совершалось обычнаго (въ петиторномъ порядкѣ) судопроизводства и не постановлялось приговора о правѣ. Достаточно было для потерпѣвшаго просто обратиться за помощью къ суду, и этотъ послѣдній уже ex officio долженъ былъ принять мѣры для возстановленія прежняго status quo споліата:

Cap. 29—

«Item (statuimus) quod ubicumque aliqua spoliato fiet in comitatu Sabaudie, que in loco ubi facta fuerit erit notoria vel aliter Consilio vel judici notoria apparebit, ita quod non possit aliqua tergiversatione celari, debeat statim sine aliquo processo ex mero officio fieri restitutio spoliato».

Constitutum legis Pisanae civitatis 1248, c. 45—

«Assessor potestatis possit et debeat cognoscere et definire summatim et extra ordinem de possessionibus turbatis et invasis».

Цѣлый рядъ статутовъ прямо содержитъ въ себѣ фразы изъ папскихъ декреталій касательно remed. spolii. Такъ Вильгельмъ, маркизъ Монферратскій, въ началѣ рубрики «Super Spolio» своего сборника, цѣликомъ заимствуетъ фразу изъ знаменитаго декретала Иннокентія IV касательно exc. spolii: «Frequens nos et assidua spoliatorum querela circumstrepit» [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ въ значительномъ числѣ статутовъ дается поссесорная защита простымъ держателямъ, причемъ здѣсь дѣлаются тоже прямыя цитаты изъ папскихъ декреталій касательно remedium'a spolii. Такъ въ Кремонскихъ статутахъ сказано [2]):

«Quicumque spoliatus restituatur in ea possessione. vel quasi, et in ea detentatione, in qua erat tempore spoliationis [3]).

---

[1]) Saletae—Decretalia Montisferrati 1675—lib. I, pag. 26. См. еще Statuta Novariae 1719 lib. III p. 132; Statuta Brixiae—1557 и др.

[2]) Statuta civitatis Cremonae 1588 cap. 196 De Malefic.

[3]) Ср. Statuta Ferrariae. Феррара 1694 г. 81 стр. 367.

Равнымъ образомъ въ статутахъ реципировано и постановленіе канонического права касательно презумпціи о порочности настоящаго владѣнія отвѣтчика, если истцомъ будетъ доказано, что спорный предметъ ранѣе былъ въ его (истца) владѣніи. Въ Constitutum legis Pisanae 1248 г. мы читаемъ:

«Sancimus quod si aliquis fuit possessor alicujus fundi, vel domus, vel rei immobilis (seu mobilis добавлено въ статутѣ Пизы отъ 1271 г.), aliquo tempore prius illo qui invenitur in possessione nunc licet non probetur qui vi vel clam vel precario possideat ab adversario, tamen in possessione recuperanda semper sit potior prior possessor, nisi secundus possessor habuerit causam a primo possessore» [1]).

Въ статутахъ Брешіи говорится:

«Si quis probat rem mobilem se possedisse, et eam petat ab aliquo qui habeat juniorem possessionem, et non antiquiorem, quod condemnandus est possessor junior petitori, ita ille petitor, seu antiquior possessor dominus praesumatur, nisi contrarium probetur» [2]).

Касательно объекта иска должно замѣтить, что въ большинствѣ статутовъ таковыми признаются не только недвижимости, но равнымъ образомъ вещи движимыя и права. Какъ мы видѣли уже выше изъ цитатъ, объ этомъ прямо говорятъ статуты Пизанскій и Петра I Савойскаго и друг. Наконецъ, въ цѣломъ рядѣ статутовъ поссессорная защита дается «de possessione, vel quasi possessione alicujus rei immobilis, seu mobiiis, vel juris» [3]), съ возложеніемъ на судъ обязанности возстановлять владѣніе ex officio.

Статуты Амедея VIII Савойскаго отъ 1430 г. [4]) постановляютъ:

«Praesenti statuimus Edicto, quod ubicunqne aliquis fuerit sua possessione, vel quasi possessione per quemcum-

---

[1]) См. Delbrück—cit. S. 199 слѣд.; Bruns—cit. въ Iahrb. des gem. deutsch. Rechts. B. IV, 78; Pertile—Storia del diritto IV p. 181.

[2]) Statut. Brixiae III, CLVII, col. 1760.

[3]) Такъ напр. см. Statuta de Cuneo 1590; Statuta Derthonae: Миланъ 1573 г. lib. III De poss. non auferenda. См. еще Pertile—cit IV. p. 187.

[4]) Borelli Editti antichi e nuovi dei sovrani della Real Casa di Savoia. Torino 1681. p. 62.

que alium de facto, vi, vel clam spoliatus in Patria nostra, et in loco spoliationis, ipsa spoliatio erit notoria...,. Tunc ipse spoliatus in suam pristinam possessionem, seu quasi possessionem, sine quocumque alio processu, vel litigio, sineque mora, vel dilatione, ex Officio Curiae, ad quam pertinebit ratione locorum, seu loci spoliationis, debebit restitui, et ipsum spoliatum restitui jubemus».

При нарушеніи владѣнія движимостями еще болѣе ускорялся срокъ производства. Constitut Forijul.—1366 и 1429 гг. C. 64:—

«Si aliquis contenderit de exforcio super rebus mobilibus, et non sit necessaria probatio possessionis rei immobilis, tunc in causa tali utrique parti detur terminus ad probandum intra spatium X dierum» [1]).

Отвѣтчикомъ по иску признавался не только самъ насильникъ, но, какъ и въ Redintegranda, всякій третій, хотя бы и добросовѣстный владѣлецъ. Извѣстна въ этомъ отношеніи одна конституція Фридриха II, содержаніе которой очевидно заимствовано изъ знаменитаго декретала Saepe contingit. Желая прійти на помощь владѣльцу вещи, который не всегда можетъ съ успѣхомъ доказать свое *право владѣнія*, законодатель даетъ здѣсь защиту ему не только противъ самого насильника и его наслѣдниковъ, но вообще противъ всѣхъ добро — и недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей его вещи «sive sciens sive ignorans, per quascumque manus possessio ambulaverit» [2])

---

[1]) Ср. Statuta di Verona II, cap. 80 Венеція 1747 г. p. 131; Breve Pisani comminis a. 1286 c. CXIII ed. Bonaini I p. 219 и др.

[2]) De restitutione possessionis. Alias contra quem de restitutione agatur: Circa violentiarum poenas, eas patientibus satis credimus constitutionibus praedecessorum nostrorum et nostris esse provisum, quodam juris rigore circa destitutores violentos inducto, quod destituto contra destituentem vel ejus haeredes restituendae possessionis beneficio succurrebat. Nec contra eum in quem ab ipso violento vel ejus haeredibus transferebatur possessio ad recuperandam eandem aliquod remedium inducebat: Imperiali providentia lenire volentes; atque ipsius juris defectum congruo et necessario supplemento supplere disponimus. Per violentiam destitutum non, ut olim, provisione carere, sed electionem

Еще ранѣе довольно близкія по смыслу постановленія были помѣщены въ Constitutum usus Pisanae civitatis (изданнаго въ 1161 году), въ главѣ 45—De fraudulentibus possessionibus (ed. Bonaini t. II p. 969). Какъ сказано здѣсь, во избѣжаніе возможности для насильниковъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ избѣгать путемъ «callida machinatione» отвѣтственности передъ судомъ, дозволено было споліатамъ отыскивать свои вещи изъ владѣнія всякаго третяго лица, добро-или недобросовѣстнаго владѣльца—безразлично, если только будетъ доказано, что вещь перешла къ этимъ лицамъ titulo lucrativo. Отъ пріобрѣвшихъ вещь titulo oneroso она можетъ быть возвращена споліату лишь путемъ иска о правѣ собственности [1]).

Какъ замѣчаетъ Menochius [2]), этимъ постановленіемъ защита давалась «etiam contra millesimum successorem»; или

habere, utrum ipsum destituentem, vel ejus haeredes, si possessionem in alium transtulerit, ad interesse convenire, prout praedicto jure cavetur: vel detentorem, qui ab ejectore causam habet, per quascumque manus possessio ambulaverit, sive sciens, sive ignorans fuerit, possessionem recuperare velit amissam, condictione ex lege praesenti, ad recuperandam possessionem ipsam indulta. Saepe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat, dum vel probationes de dominio non habebat, vel cum dejector erat forsitan non solvendo, omni remedio se inveniebat exclusum. Const. Regn. utr. Sicil. I, 26. Ср. Pertile—Storia del diritto italiano 1874 IV p. 179.

[1]) Гл. 45—„Quidam possessiones rerum habentes, quas per rationem ab adversario suo credere debent se defendere non posse, callida machinatione judicia deluserunt. Cum enim possessiones violentas vel alio modo injustas haberent, vel quas per contumacie sententiam vel diffinitivam restituere deberent, illas in detrimentum alterius partis in alios transtulerunt, vel eas dereliquerunt, ut aliis aperiretur locus eas detinere, sive etiam illas vi ammiserunt, et hoc modo delusi illi qui eas possessiones recuperare vel habere debebant, nullo jure eas habere potuerunt; quod nos, ne de cetero contingat previdentes, constituimus talem possessionem etiam si per multas iverit manus, apud quemcumque inveniatur, ei qui taliter delusus est restitui debere; nisi is apud quem invenitur, nesciens fraudem, titulo emptionis vel alio justo, non tamen lucrativo, ut donatione, possideat. Qui enim dono habuerit quamvis fraudem nesciat, possessionem restituat, salva proprietatis questione in ea curia, unde esse videbitur". Правило это буквально повторено въ гл. 50 Constitutum legis Pisanae civitatis (a 1241—1281 ed. Bonaini II p. 797.

[2]) Menochii—De remedio recuperandae possessionis XV, № 94.

по замѣчанію Rovitus'a [1])—«restituendus est spoliatus etiam si millies injustus et violentus sit possessor». Тѣ же выраженія имѣются уже въ Breve consulum Pisanae civitatis отъ 1164 г. и въ Constitutum legis Pisanae civitatis отъ 1230 г. [2]).

Въ нѣкоторыхъ статутахъ владѣльческая защита была исключена изъ подъ дѣйствія давности. Такъ въ статутахъ Брешіи, читаемъ:

«Et hoc intelligatur non obstante aliqua temporis longitudine, qua invasor seu occupator eam terram vel possessionem invaserit, seu occupaverit possidendo» [3]).

Въ другихъ мѣстахъ, напротивъ, remed. spolii имѣло давностный срокъ (contra can. Redintegranda, гдѣ прямо было сказано: «quacumque conditione temporis»). Такъ Statuta Lucae (Лукка) 1308 г. III, 154 опредѣлили давность въ 3 года:

«Si quis fuit vel erat a tribus annis citra in possessionem alicujus.... rei immobilis, et de ipsa re fuerit per aliquem auctoritate propria spoliatus.... eidem lucanus potestas, facta sibi fide de possessione ipsius pacifica et spoliatione infra octo dies possessionem restitui facere teneatur».

Многіе статуты прямо запрещаютъ примѣненіе петиторныхъ возраженій въ поссессорномъ производствѣ.

Statuta civilatis Castello III. cap. 83 fol. 52: «Et debeat obtinere qui probaverit antiquiorem possessionem non obstante quod adversarius aliquem titulum justum vel injustum haberet».

Statuta Placentiae отъ 1391 г. p. 371:

«Statuimus quod nullus occupator, invasor vel turbator alicujus rei immobilis possit referre adversario aliquam quaestionem de dominio»...

Заимствуя изъ каноническаго права положенія о remedium'ѣ spolii, всѣ эти статуты Итальянскихъ городовъ и княжествъ реципировали изъ того же источника и самый порядокъ производства этого иска. Такъ здѣсь въ болѣе

---

[1]) Roviti—Consilia 90 p. 89 № 7.

[2]) См. Breve consulum Pisanae civitatis edit. Bonaini I, p. 27.

[3]) Statuta Brixiae 1313 r. (Mon. histor. patr. vol. II, p. 1) lib. II c. 120 p. 1683.

раннихъ по времени статутахъ, особенно въ статутахъ Петра II Савойскаго, городовомъ статутѣ Равенны отъ 1441 г. Иврея 1313 г. и другихъ, гдѣ всюду говорится о томъ, что при spolium'ѣ должно вести дѣло «summarie, sine strepitu judicii juris solemnitate et oblatione libelli, «ясно видно отраженіе двухъ формъ процесса возникшихъ въ каноническомъ правѣ» [1]). Именно здѣсь видимъ мы попытки реципировать процессъ, установленный двумя декреталами Климента V [2]) въ цѣляхъ борьбы противъ многословія и дороговизны ординарнаго процесса и который получилъ названіе *пленарнаго* производства, чтобы не смѣшивать его съ суммарнымъ процессомъ римскаго происхожденія и иного характера [3]).

Рядомъ съ пленарнымъ процессомъ видимъ мы въ тѣхъ же раннихъ статутахъ попытки реципировать и другую форму судопроизводства, установленную Иннокентіемъ III, для нормировки общаго порядка производства судьями разбирательства различныхъ дѣлъ ex officio. Процессъ этотъ примѣнялся въ тѣхъ случаяхъ, когда судья считалъ необходимымъ выступить ex officio proprio motu въ виду обвиненія общественнымъ мнѣніемъ, молвой (fama pubica) духовнаго лица, клирика въ совершеніи какого-либо преступленія, когда технически выражаясь, имѣлась въ наличности diffamatio или когда устанавливалась denuntiatio, причемъ не требовалось представленія доказательствъ со стороны денунціанта. Процессъ этотъ, подъ наименованіемъ inquisitio, получилъ скоро обширную область примѣненія и въ свѣтскомъ правѣ [4]).

Въ раннихъ статутахъ уже имѣются указанія на оба эти процесса, и пленарный и инквизиціонный, которые примѣняются въ случаяхъ injuria и violentia, т. е. въ томъ чис-

---

[1]) См. Cesare Nani—Gli statuti di Pietro II conte di Savoia—въ Memoria della R. Accademia della scienze di Torino Serie II t. 32 p. 12.

[2]) Clem. C. 2 De verb. significat. V. II; C. 2 De judic. II. 1; ср. Briegleb—Einleitung in die Theorie der summarischen Processe 1859. I, cap. I, § 9 S. 27.

[3]) См. Briegleb—cit. I. cap. II § 13 S. 35.

[4]) См. Durantis—Speculum juris III pars. I De inquisition. § 3, 4;—Cum inquiritur, non est necessarius libellus, nec litis contestatio.

лѣ, и главнымъ образомъ, при spolium'ѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ самое spolium здѣсь разсматривается еще съ точки зрѣнія уголовной, а не частно-правной, чѣмъ именно и объясняется примѣненіе этихъ обоихъ исковъ, такъ какъ denuntiatio и fama publica были свойственны исключительно лишь уголовному процессу.

Съ установленіемъ въ статутахъ частно-правной точки зрѣнія на remedium spolii, наблюдаемъ мы измѣненія и въ способѣ производства здѣсь самаго процесса, который совершается теперь не уголовнымъ, а гражданскимъ порядкомъ.

Такъ въ статутахъ Амедея VI Савойскаго отъ 1379 г. гл. 29 имѣется такое правило: [1]).

«Item quod ubicumqne aliqua spoliatio fiet in comitatu Sabaudiae, que in loco ubi facta fuerit erit notoria vel aliter Consilio vel judici notoria apparebit, ita quod non possit aliqua tergiversatione celari, debeat statim sine aliquo processo ex mero officio fieri restitutio spoliato».

Снова рецепція изъ права каноническаго! Именно мы видимъ здѣсь ясное указаніе на примѣненіе notorium'a въ случаяхъ споліума, т. е. процесса, имѣвшаго мѣсто и въ уголовныхъ, и гражданскихъ судахъ. Примѣненіе такой общей для обоихъ порядковъ веденія исковъ формы здѣсь какъ бы смягчало, дѣлало болѣе незамѣтнымъ переходъ spolium'a изъ области уголовной въ область отношеній частно-правныхъ [2]).

При этомъ впрочемъ по прежнему имѣлъ мѣсто инквизиціонный процессъ, т. е. во всякомъ случаѣ не требовалось непремѣнно споліату доказывать spolium; судья самъ ex officio обязанъ былъ возстановлять потерпѣвшаго въ его имущественномъ состояніи, какое было до споліума.

Думается намъ, впрочемъ, что не слѣдуетъ увлекаться указаніями раннихъ городовыхъ итальянскихъ статутовъ на примѣненіе у нихъ для защиты споліата той или иной изъ формъ процесса, изобрѣтенныхъ каноническимъ правомъ—

---

[1]) См. Nani—Gli statuti di AmedeoVI dell'anno 1379—въ R. Accad delle scienze di Torino serie II. tom. 34 p. 56.

[2]) См. Nani—cit. p. 28.

notorium'a denuntiatio, officium'a judicis. Тонкое различіе между ними, созданное канонистами, не долго просуществовало даже въ каноническомъ правѣ, и съ большой вѣроятностью можно предполагать, что свѣтскіе юристы-редакторы статутовъ, реципируя въ послѣдніе тотъ или другой изъ этихъ исковъ, на дѣлѣ просто предписывали тѣмъ самымъ вмѣшательство судьи ex officio для защиты споліатовъ и разборъ имъ дѣла безъ соблюденія какихъ бы то ни было формъ и обрядовъ судоговоренія, дѣйствуя при этомъ скорѣе порядкомъ административнымъ, а не судебнымъ. Увлекаться терминами, считая на основаніи ихъ безспорнымъ здѣсь примѣненіе и самыхъ исковъ, ими означаемыхъ, не слѣдуетъ; тѣмъ болѣе, если вспомнимъ, какое вообще слабое развитіе права и процесса видимъ мы въ большинствѣ разсмотрѣнныхъ нами статутовъ.

И въ позднѣйшемъ итальянскомъ законодательствѣ встрѣчаемся мы съ ясными указаніями на рецепцію нормъ каноническаго права объ искѣ изъ can. Redintegranda.

Такъ art. 446 Codice Albertino постановляетъ, что всякій, насильственно или тайно лишенный владѣнія, какого бы свойства это владѣніе не было, можетъ требовать себѣ возстановленія прежняго состоянія въ теченіи года, считая со времени споліума [1]).

Относительно же самаго порядка производства такихъ исковъ читаемъ мы въ слѣдующемъ параграфѣ (447), что такое производство д. б. выполнено судьей простымъ разсмотрѣніемъ факта, безъ процеса, и безотлагательно противъ всѣхъ, хотя бы и собственниковъ вещи, споліировавшихъ послѣднюю у ея владѣльца [2]).

---

[1]) Codice Albertino. Art. 446—

«Chiunque sara stato violentemente, od occultamente spogliato del possesso qualunque esso sia, di una cosa da lui tenuta, potra entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere di venir reintegrato nel possesso medesimo».

[2]) Art. 447. «Tale reintegratione dovra ordinarsi dal Giudice sulla semplice notorietà del fatto senza processo e senza dilatione, contra qualsivoglia persona, quand' anche fosse il proprietario della cosa di cui si e patito lo spoglio».

Процессъ самый здѣсь ведется уже по формамъ и правиламъ каноническаго инквизиціоннаго процесса. Вмѣстѣ съ тѣмъ безспорность факта spolium'a не только освобождаетъ здѣсь споліата отъ обязанности представленія доказательствъ, но дѣлается излишнимъ и самый вызовъ на судъ споліата, чѣмъ процессъ еще болѣе пріобрѣтаетъ характеръ инквизиціонный.

Эти правила были, почти дословно, реципированы и въ дѣйствующій нынѣ итальянскій Гражданскій кодексъ, въ art. 695 и 696 его.

Здѣсь постановлено, что кто потерпѣлъ насильственно или тайно нарушеніе своего владѣнія, каково бы оно не было, движимыми вещами или недвижимыми безразлично, тотъ можетъ въ теченіи года отъ времени нанесенія spolium'a, требовать отъ виновника послѣдняго возстановленія своего нарушеннаго владѣнія. Самый процессъ при этомъ д. б. совершаемъ судьей послѣ предварительнаго вызова на судъ противной стороны, вслѣдствіе простой извѣстности событія, безъ всякаго замедленія возможно ускореннымъ порядкомъ производства, противъ всякаго лица, хотя бы даже противъ собственника вещи, отнятой у ея владѣльца.

Art. 695.—«Chi e stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile; può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo».

Art. 696.—«La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose, di cui si é patito lo spoglio».

Здѣсь по прежнему ясно указывается на то, что процессъ долженъ совершиться по системѣ каноническаго notorium'a. Особенность сравнительно съ art. 447 кодекса Альберта является лишь въ томъ, что признается необходимымъ вызовъ въ судъ противной стороны, именно самого споліатора [1]).

---

[1]) Ср. Rinaldi—Della proprieta mobile, 1872 vol I, p. 375.

Не вполнѣ выясненнымъ остается здѣсь вопросъ, какимъ «владѣльцамъ» даетъ итальянскій кадексъ защиту противъ споліума.

Въ этомъ отношеніи въ art. 685 итальянскаго гражданскаго кодекса мы читаемъ:

«Владѣніе есть держаніе предмета или пользованіе правомъ, которое принадлежитъ кому-либо или непосредственно или черезъ другое лицо, удерживающее предметъ или приводящее отъ имени владѣльца право въ дѣйствіе» [1])

Въ настоящее время большинствомъ итальянскихъ юристовъ, слѣдуя Forlani [2]), понятіе защищаемаго здѣсь отъ spolium'a владѣнія не вполнѣ отождествляется съ держаніемъ (detentio). Именно, слова art. 685 Codice civile—«che uno ha,... per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui», по мнѣнію ихъ, очевидно исключаютъ изъ понятія защищаемаго здѣсь владѣнія всѣхъ владѣльцевъ, не имѣющихъ личнаго интереса. Держатели же, владѣющіе вещью въ собственномъ личномъ независимомъ интересѣ (напр., арендаторы, ссудобрателн, поклажепринимателн и т. п.) признаются согласно смыслу art. 685. защищаемыми исками противъ spolium'a. Впрочемъ имѣется и противоположное мнѣніе, сторонники котораго, слѣдуя Брунсу [3]), признаютъ здѣсь защиту только за possessores въ римскомъ смыслѣ, лишая ея и тѣхъ держателей, которые владѣютъ вещью въ собственномъ личномъ независимомъ интересѣ [4]).

Самое понятіе spolium'a, по art. 695, какъ насильственнаго акта, совершеннаго vi или clam, установлено съ явной цѣлью уподобленія иска римскому Unde vi, уподобленію, которое однако не принято толкованіемъ практики, начиная

---

[1]) Art 685. «Il possesso e la detentione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa ad eserciti il diritto in nome di lui».

[2]) Forlani—Appunti sulla teoria possessoria—Filangieri III. 1878 part. I, p. 697, и его же добавленіе къ переводу книги Іеринга Sul fondamento della protezione del possesso p. 242, 243.

[3]) Bruns—Die Besitzklagen § 21 S. 227.

[4]) См. напр. Del Vitto—Commentario del codice civile III, p. 834 sq.

съ среднихъ вѣковъ и до нашего времени, и объясняемое простымъ желаніемъ редакторовъ Codice civile совершить здѣсь, въ отступленіе отъ всего хода развитія Redintegranda въ свѣтскомъ статутарномъ правѣ Италіи, если не замѣну, то уподобленіе этого иска римскому образцу Undi vi. И въ настоящее время итальянская юриспруденція не считаетъ возможнымъ и желательнымъ признавать здѣсь рецепціи Unde vi, а толкуетъ art. 695 въ общемъ смыслѣ a. spolii, причемъ и понятіе послѣдняго признается согласно установленному на то мнѣнію большинства юристовъ среднихъ вѣковъ. Такимъ образомъ понятіе насильственнаго spolium'a примѣняется въ итальянскомъ современномъ правѣ ко «всякому акту самоуправнаго отнятія, совершенному вопреки выраженной или *предполагаемой* волѣ на то владѣльца, хотя бы противъ послѣдняго и не было проявлено никакого физическаго насилія». Подъ тайною же (clam) споліаціей разумѣется «всякая споліація, имѣвшая мѣсто безъ вѣдома о томъ хозяина, хотя бы актъ самый ея не былъ совершенъ ночью или тайно» [1]).

Романизація иска, установленнаго въ art. 695 Codice civile отразилась еще и въ томъ, что, подъ вліяніемъ главнымъ образомъ французскаго Code civil—главнѣйшаго источника, откуда, какъ извѣстно, заимствовано наибольшее количество статей итальянскаго гражданскаго кодекса,—искъ этотъ разсматривался въ итальянской современной юриспруденціи, какъ искъ *деликтный*, направляемый по основной цѣли своей на подавленіе деликтнаго акта spolium'a. Какъ выражается Pacifici-Mazzoni, основаніемъ иска при этомъ является «недозволенный фактъ споліума, виновный въ совершеніи котораго наказывается принудительной выдачей имъ вещи обратно» [2]).

Между тѣмъ, какъ мы указывали выше, condictio ex c. Redintegranda ни въ каноническомъ правѣ, ни въ реципировавшихъ ее *позднѣйшихъ* итальянскихъ статутахъ,

---

[1]) См. Mattirolo—Trattato di diritto giudiziario italiano. I, 2 edit. № 229 p. 190; ср. Barano— Delle azioni possessorie vol II № 198 и др.

[2]) Pacifici-Mazzoni—Istit. III, 399; Ср. Scotti—въ Arch. giurid. XV, 113, 147.

не имѣла деликтнаго характера, не считалась за искъ ex delicto. Прежде всего, этому противорѣчило самое представленіе о spolium'ѣ, какъ условіи ея примѣненія. Spolium: какъ основаніе иска, допускалось безразлично какъ въ случаяхъ, гдѣ оно совершено было съ примѣненіемъ насилія, такъ и когда совершалось иными способами (безъ violentia), являясь простой injusta privatio; другими словами, не деликтъ, а restitutio служила здѣсь основаніемъ иска. Знаменитое изрѣченіе «Spoliatus ante omnia restituendus», въ которомъ нашъ институтъ нашелъ свой raison d'être ясно указываетъ, что рядомъ съ мотивами общественнаго порядка (охрана земскаго мира) здѣсь основаніемъ иска является не деликтъ споліатора, но неправомѣрная утрата имущества споліатомъ и возможно скорѣйшее полученіе его обратно.

Слѣдуетъ замѣтить, что и въ каноническомъ правѣ даже послѣ рецепціи разсматриваемаго иска въ область свѣтскаго права рядомъ съ нимъ всегда имѣла мѣсто конституція Валентиніана II, карающая споліанта лишеніемъ его права собственности или уплатой пени. Она, конституція эта, и примѣнялась именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ споліація имѣла явно деликтный характеръ, и гдѣ слѣдовательно въ защиту потерпѣвшаго давался этотъ искъ ex delicto, а не a. spolii.

Для французскаго права деликтная точка зрѣнія на нашъ искъ еще имѣетъ за себя историческія основы, потому что тамъ не разъ, напр. еще и въ процессуальномъ ордонансѣ Людовика XIV, la Réintegrande признается одновременно искомъ и гражданскимъ, и уголовнымъ, по усмотрѣнію споліата. Но разъ итальянское право реципировало у себя, въ своемъ историческомъ развитіи a. spolii въ ея чистомъ каноническомъ видѣ, нѣтъ основаній для такой, къ тому же и безполезной практически, рецепціи правила франц. права; тѣмъ болѣе что противъ споліаціи, какъ уголовнаго насилія, и по итальян. праву, какъ всюду, установлены закономъ уголовныя кары [2]).

Давался разсматриваемый искъ въ защиту противъ spolium'а какъ недвижимыхъ, такъ равно и движимыхъ вещей;

---

[2]) Ср. Padeletti—въ Archivio juridico XV (1875) p. 29.

это ясно установлено въ art. 605 cit. Относительно правъ юристы не одинаковаго мнѣнія. Большинство ихъ, основываясь на art. 685, гдѣ признается владѣніе правами, считаютъ допустимымъ и spolium, этихъ правъ въ смыслѣ ихъ injustae privationis [1]) причемъ однако, слѣдуя Брунсу, признаютъ какъ самое spolium, такъ и защиту противъ него не въ отношеніи всѣхъ правъ, безразлично, но лишь для тѣхъ правъ, которыя допускаютъ повторную дѣятельность, склоняясь и здѣсь въ общемъ къ ученію канонистовъ. [2]).

Такимъ образомъ, напр., дается ими защита противъ споліума: сервитутовъ и иныхъ правъ вещныхъ на недвижимости, нѣкоторыхъ правъ обязательственныхъ, именно тѣхъ, осуществленіе которыхъ совершается не uno actu, напр., правъ изъ договора найма, ссуды и т. д. Это мнѣніе считается нынѣ господствующимъ въ итальянской юриспруденціи [3]).

---

[1]) См. Milone—Il possesso delle cose e dei diritti e le azioni che ne derivano § 13.

[2]) См. Bellavite—Il possesso secondo il diritto romano con riguardo ai codici moderni—въ Archivio juridico III, 1869. p. 513; Mattirolo—Trattato di diritto giudiziario civile vol. I (№ 235 и слѣд.) Forlani—Appunti sulla teoria possessoria (Filangieri III. 1878 part I p. 700).

[3]) Ср. Ruffini-L'actio spolii p. 456 sq.

Actio spolii во французскомъ правѣ.

Во Франціи, во времена ранняго средневѣковья, какъ извѣстно, не говоря уже объ обширной компетенціи церкви ratione personae и ratione materiae вообще, епископы и аббаты, какъ феодальные сеньоры, имѣли въ своихъ владѣніяхъ обширныя судебныя и административныя права. Мало того, они имѣли серьезное вліяніе на судъ и расправу другихъ свѣтскихъ владыкъ, съ королями во главѣ. Этому способствовало много причинъ: изъятіе церковниковъ изъ вѣдомства свѣтскихъ судовъ, лучшая организація судовъ духовныхъ, отсутствіе точнаго разграниченія вѣдомства дѣлъ церковныхъ и свѣтскихъ судовъ, наконецъ, громадное вліяніе духовенства на свѣтскую власть вообще [1]).

Съ точки зрѣнія политической жизни, церковь въ первой половинѣ среднихъ вѣковъ одна имѣла во Франціи полную организацію. Подъ вліяніемъ прочнаго законодательства, выразившагося въ цѣломъ рядѣ каноновъ, [2]) духовенство объединилось, выдѣлившись въ стройное цѣлое изъ нѣдръ остального феодальнаго міра. Церковь представляла собою въ полномъ смыслѣ слово государство, со своимъ особымъ управленіемъ, особымъ главою, чинами, юстиціей, общими или мѣстными собраніями, съ особымъ законодательствомъ. Церковное законодательство было первымъ изъ практически примѣнявшихся, поставленнымъ на научныхъ началахъ. И это въ тѣ времена, когда во Франціи свѣтское законодательство еще находилось въ состояніи полнаго упадка. Законы

---

[1]) См. Alauzet—Histoire de la possession p. 203 слѣд; Glasson—Histoire de droit Français V стр. 228 слѣд. и др.

[2]) См. напр. у R. Fournier—Le premier Manuel canonique de la Reforme du XI Siécle—въ Mélanges d' Archéologie et d'histoire, XIV année 1894 Вязигинъ—Очерки изъ исторіи папства въ XI вѣкѣ 1898.

Франкской эпохи, капитуляріи Карла Великаго и его потомковъ болѣе не соблюдались; ихъ даже не знали теперь. Короли, ослабленные феодализмомъ и личной бездарностью, утратили почти всякій авторитетъ; ихъ ордонансы появлялись рѣдко и еще рѣже дѣйствительно примѣнялись на практикѣ. Научное изученіе римскаго права во Франціи тогда только что начиналось. Въ то же время каноническое право комментировалось въ ученыхъ трудахъ канонистовъ, наконецъ, постоянно практически примѣнялось въ церковныхъ судахъ имѣвшихъ весьма обширную область подсудности. Такимъ образомъ вліяніе каноническаго права въ Франціи было громаднымъ. Это законодательство папъ и соборовъ проникло со своимъ духомъ и идеями въ древне-французское обычное право, развившееся во многомъ подъ значительнымъ его вліяніемъ.

Церковь, всегда имѣвшая возможность черезъ мѣстное духовенство проводить свои идеи въ кутюмы, прямо покровительствовала обычному праву; тѣмъ болѣе, что и эволюція послѣдняго шла тѣмъ же путемъ, какъ и эволюція канонической права. Этимъ между прочимъ объясняется, почему въ буллахъ и другихъ папскихъ актахъ даже XIII вѣка [1]) постоянно указывается на необходимость поддержки обычнаго права въ странахъ, гдѣ таковое тогда примѣнялось. Теологи послѣ того не замедлили начать утверждать, что для духовенства даже предпочтительнѣе всего жить именно по обычному праву [2]).

Заботясь всюду объ упроченіи тишины и порядка въ обществѣ, церковь между прочимъ приняла самыя энергическія мѣры борьбы противъ насильниковъ, до excommunicatio включительно, ревностно проводя въ тоже время и въ своихъ, и въ свѣтскихъ судахъ въ тѣхъ же цѣляхъ основное правило каноническаго права въ этой области: «Spoliatus ante omnia restituendus».

---

[1]) См. наприм. Буллу „Super Speculam“. 1219 г. и буллу „Dolentes“ приведены у Fournier——L'eglise et le droit romain au XIII Siécle—Nouv. Rev Historique t. 14, 1890 г. in fine.

[2]) С. Никоновъ cit. стр. 218 слѣд.

Разсматривая обычаи древней Нормандіи,—этой колыбели владѣльческихъ исковъ Франціи вообще [1])—именно Grand Coutimier de Normandie [2]) мы видимъ, что уже здѣсь имѣлось ясно выраженнымъ правило о необходимости защиты владѣльца отъ насилій и самоуправства надъ его имуществомъ. Въ этихъ цѣляхъ, сообразно съ тѣмъ, примѣнялась или нѣтъ при лишеніи владѣнія violentia, давались въ защиту потерпѣвшаго на выборъ два иска—action de nouvelle saisine и a. de force.

Послѣдній искъ, уголовнаго характера, примѣнялся лишь въ случаѣ насильственнаго лишенія лица владѣнія имуществомъ, и навлекалъ на насильника, кромѣ обязанности возвратить вещь обратно потерпѣвшему, еще денежный штрафъ за проступокъ. Условіемъ примѣненія такого иска (a. de force), согласно указанію Grand Coutumier de Normandie, являлось одно лишь, а именно, потерпѣвшій могъ предъявлять его противъ насильника только въ теченіи года, считая со времени проявленія отвѣтчикомъ насилія. При этомъ совершенно не обращалось вниманія, ни на продолжительность владѣнія, ни на природу владѣнія лица, подвергшагося насилію [2]). Насколько можно заключить изъ источниковъ того времени, главнѣйшей цѣлью установленія такой action de force, или какъ называетъ его Gr. Coutumier de Norm. по латыни—actio de vi, было создать возможно болѣе покойное пользованіе земельными участками: «Utile genti est araturam non disturbari» [3]). Теперь уже кутюмы категорически запрещаютъ самоуправство: «Nullus ausus sit aliquem de aliqua re devestire sine ordine judiciario» (ibid. XXII), угрожая во всякомъ случаѣ виновному уголовной карой за нарушеніе bannum regis. Здѣсь видимъ мы скорѣе рецепцію

---

[1]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 228 слѣд.

[2]) Le Grand Coutumier du pays et duché de Normandie edit-Gruchy ch. 52.

[2]) Grand Coutumier de Normandie, ed. Gruchy ch. 52 p. 132.

[3]) Trés ancien Coutum. de Norm. edit Tardif XVI, § 5. «Arator in aratione sua non disturbabitur, licet aliquis in alterius terra injuste laborat» (ibid XVI, § 2). См. Brunner—Die Entstehung der Schwurgerichte 1872 стр. 328 слѣд.

правилъ римскаго права, а не положеніе канонистовъ о Redintegranda.

Обращаясь къ законодательнымъ памятникамъ самой Франціи, мы здѣсь имѣемъ ясныя указанія на примѣненіе remedium'a ex. c. Redintegranda уже въ Etablissements de st. Louis.

При внимательномъ изученіи этого знаменитаго законодательнаго памятника французскаго средневѣковаго права, мы должны будемъ, вслѣдъ за Віолле [1]), признать наличность въ немъ указаній на одновременное существованіе въ правѣ того времени двухъ способовъ защиты владѣнія, изъ которыхъ одинъ—Redintegranda—римско-каноническаго происхожденія, другой—a. de nouvelle dessaisine—германскаго, съ явнымъ характеромъ иска петиторнаго, дававшійся въ защиту законной (cum titulo) сезины [2]).

Именно въ Etablissements de St. Louis, во II-й ихъ части гл. 7,—реципированной изъ usages d'Orlenois,—говорится про искъ, установленный для защиты владѣнія: причемъ въ самомъ текстѣ имѣется прямое указаніе на заимствованіе его изъ каноническаго права; искъ этотъ—уже знакомое намъ remedium ex canone Redintegranda:

> «*Nuns ne doit plaidier en nule cort despolliés;* mais il doit demander saisine avant tote evre, ou doit savoir s'il la doit avoir. Droiz dit qu'il la doit avoir, et n'est mie tenuz de respondre despoilliez, ne le sien tenant, ne faire ne ni, ne connoissance, ne response, ne deffense nulle, selonc droit escrit en Decretales. De ordine cognitionum. Cum dilectus filius etc. capitulo Super spoliatione, et per totum titulum; et selonc l'usage de cort laie» [3]).

Отпечатанные курсивомъ слова этой главы являются ничѣмъ инымъ, какъ вольнымъ переводомъ формулы каноническаго права: «spoliatus ante omnia restituendus».

---

[1]) Viollet—Les Etablissements de saint Louis t. I, 1881 p. 112, слѣд.; ср. Viollet—Histoire de droit civil français 1893 p. 580 sq.

[2]) Объ a de nouvelle dessaisine см. С. Никоновъ—cit. стр. 241 слѣд.

[3]) Ср. Etablis. de st. Louis II, ch. IV.

Такимъ образомъ видимъ мы, что по смыслу этой главы 7-й, 2-й книги Etablissements св. Людовика всякое владѣніе, bona или mala fide, лично или черезъ представителя, и продолжавшееся хотя бы самое короткое время, наконецъ, всякое держаніе защищались этимъ искомъ во всемъ по правиламъ remedium ex canone Redintegranda.

Оба иска эти, т. е. и Redintegr. и a. de nouvelle dessaisine, въ Etablissements de st.—Louis конкуррировали между собою; причемъ, по остроумному предположенію Віолле [1]), отъ усмотрѣнія самого потерпѣвшаго зависѣлъ выборъ того или другого изъ нихъ. Послѣдній искъ при этомъ былъ хорошъ и удобенъ для давностнаго лишь владѣнія; тогда какъ искъ каноническаго права защищалъ всякаго держателя отъ возможныхъ нарушеній его имущественнаго status quo ante [2]),

Ранѣе изданія разсматриваемаго памятника такого, по выраженію Віолле, «юридическаго дублета» не существовало въ судебной практикѣ кутюмовъ, бывшихъ источниками для Etabl. de st. Louis. Дѣло въ томъ, что въ Coutumes d'Aujou et du Maine откуда взята въ Etabliss. de st. Louis, a. de nouv. dessaisine, признавалась возможной защита годичной сезины путемъ лишь a. de nouvelle dessaisine; remedium же ex can. Redintegranda здѣсь не примѣнялось. Напротивъ, другой источникъ Etablissiments Св. Людовика—Орлеанскіе кутюмы—только и упоминаютъ о Redintegranda, тогда какъ объ a. de nouvelle dessaisine они не говорятъ совсѣмъ.

Указанія на рецепцію кутюмами различныхъ мѣстъ Франціи изъ римско-каноническаго права положеній въ защиту владѣнія противъ его насильственнаго (главнымъ образомъ) нарушенія имѣемъ мы уже, начиная съ XII вѣка. Такъ въ документѣ 1149 года въ процессѣ между церквами

---

[1]) Viollet—Etablissements cit. I p. 115.

[2]) См. Viollet—cit I p. 116 указаніе на ошибочное толкованіе условій примѣненія обоихъ исковъ со стороны Pasquier—Interpretation des Institutes de Justinien edit. Giraud. pp. 765, 766,—который признавалъ, что насильственное лишеніе владѣнія давало мѣсто примѣненію redintegranda, а лишеніе владѣнія „sans force, sans violence“ служило поводомъ для примѣненія complainte.

de Nameca и Marcha [1]) судъ прямо высказываетъ положеніе, что хотя бы даже истецъ, потерпѣвшій spolium, былъ безспорно malae fidei possessor, онъ во всякомъ случаѣ долженъ быть возстановленъ во владѣніи самоуправно отнятымъ у него имуществомъ [2]).

Это стало общимъ правиломъ, въ силу чего и суды объявляютъ, что ранѣе изслѣдованія вопроса о modus и qualitas сезины, должно приступать къ выясненію вопроса о violentia, и возстановлять владѣніе тому, кто эту violentia понесъ [3]).

Бордо [4]) приводитъ документы отъ XII вѣка, гдѣ равнымъ образомъ говорится о redintegranda, именно la charte de la communauté de st. Quéntin, отъ 1195 г.

Еще большее развитіе и примѣненіе получило remedium ex canone Redintegranda во французскомъ обычномъ правѣ съ XIII вѣка. Соціальной причиной, благодаря которой всюду съ такой настойчивостью стали проводить здѣсь знаменитое каноническое правило—spoliatus ante omnia restituendus, было общее стремленіе прогрессирующихъ классовъ тогдашняго общества положить конецъ насиліямъ и господству печальной памяти кулачнаго права. Задачу такую стало теперь легче выполнять, благодаря установленію болѣе сильной, чѣмъ ранѣе, центральной власти, въ связи съ сознанной и обществомъ потребностью въ упроченіи порядка въ интересахъ охраны имущественной неприкосновенности каждаго.

---

[1]) См. Martène et Durand—Collectio veterum scriptorum et monumentorum amplissima 1724—73 II p. 362.

[2]) „Quod si propositus de Marcha qui possessor ab utraque parte cognoscebatur, licet ab altera malae fidei possessor diceretur, legitimis testibus.... probare posset se quiete possedisse, magis ei probatio incumberet quam ei qui recenter in eamdem possessionem irruisse non dubitabatur.

[3]) „Si quis intret in possessionem meam et ego dicam violenter ipsum intrasse, res debet capi in manum domini regis, et si violentus petat saisinam suam, et ego meam, inquirendum est antequam reciperet cujusmodi possessionem, an violentus habuit tempore quo capta fuit, et si inveniatur violenta, non reciperat hec de dolose". Assisae Normann. см. у Warnkönig—Französische Rechtsgeschichte II; Urcundenbuch p. 50; Summa de legibus XCV §§ 15, 16; Beaumanoir—Cout. de Beauvoisis XXII № 526.

[4]) Bordeau—Sur la coutume de Paris II p. 84.

Потому то правило каноническаго права и повторяется почти съ энтузіазмомъ всюду въ кутюмахъ, ополчившихся противъ самоуправства, какъ противъ личнаго врага, и настоятельно требующихъ непремѣннаго возстановленія споліата въ его имуществѣ, ранѣе всякаго разбора спора по существу.

«Encore te dis—je»—читаемъ мы, напримѣръ, въ кутюмахъ d'Artois XIII вѣка [1]).—«que nus ne doit plaidier, en nule court, dessaisis, mais il doit demander saisine avant tout oevre ou droit; s'avoir le droit, on non. Drois s'accorde qu' il doit s'estre resaisis. Et n'est mie tenus à respondre despouilliés ne le sien tenant, ne faire ne ni, ne connoissance, ne response nulle selonc droit escrit en decretales».

«Nus n'ont devestir home d'ancune chose, forz par l'ordre des jugements» [2]).

Въ кутюмахъ съ XIII вѣка начинаетъ развиваться ученіе о необходимости защищать всякое фактическое воздѣйствіе лицъ на вещь отъ его нарушенія, независимо отъ вопроса о правѣ. Сообразно съ этимъ рядомъ съ прежнимъ представленіемъ о правовой сезинѣ, въ собственномъ смыслѣ, т. е. владѣніи, (tenementum), основанномъ на титулѣ, напр., на судебномъ рѣшеніи, на правѣ наслѣдованія, давности, словомъ, имѣющей спеціальное юридическое основаніе и потому охраняемой исками отъ его нарушеній (saisine de droit, или vraie saisine),—возникаетъ теперь представленіе о фактической сезинѣ (saisine de fait, simple saisine). Эта послѣдняя представляетъ собою простое держаніе вещи (detentio). Теперь и держатель такой получилъ извѣстную санкцію своего спокойнаго воздѣйствія на вещь. Не говоря уже о томъ, что субъектъ фактической сезины могъ силою, даже съ оружіемъ въ рукахъ, отражать всѣ нападенія и насильственныя дѣйствія, направленныя противъ его держанія сто-

[1]) Coutumes d' Artois издан. Tardif; ср. Pierre de Fontaines XXI, 50, издан. Marnier.

[2]) Grand Coutumier de France стр. 11, 16, 21, 36.

ронными лицами [1]), за нимъ признавалось право представить противъ нарушителя искъ о возстановленіи своего status quo [2]).

Впрочемъ если отвѣтчикъ пріобрѣталъ вещь не насиліемъ, простой держатель не могъ предъявлять никакого иска противъ нарушителя его держанія вещи [3]). Наконецъ и держатель могъ быть лишенъ вещи лишь по законно состоявшемуся судебному рѣшенію. Вмѣстѣ съ тѣмъ всегда имѣлась законная презумпція въ пользу держателя вещи. Какъ говоритъ Coutume primitive Бургундіи:

«Se aucun me vent héritage et devant ce qu'il me ait baillé la possession de fait, je ne pourroye demander á cellui qui tient laditte possession, mais á cellui qui m'a vendu» [4]).

Въ царствованіе Филиппа Смѣлаго издано было одно парламентское рѣшеніе, которымъ указывалось, что querela de novis dissaisinis не должна восходить на разрѣшеніе парламента, а предоставляется вѣдомству бальи, которые, въ своемъ округѣ каждый, должны разбирать жалобы сполiатовъ и немедленно по разсмотрѣніи жалобъ возстановлять потерпѣвшихъ въ ихъ имущественномъ status quo ante [5]).

Очевидно, здѣсь содержится ясное указаніе на примѣненіе remedium'a ex canone Redintegranda, а не говорится о compliante, какъ ошибочно утверждаетъ Віолле [6]).

---

[1]) «Si l'en me vient ma chose efforcier»—говоритъ Бомануаръ»,—je le puis bien rescoure à force, se le force est tel moie, mes que che soit présentement quant l'en me vient le force fere. «Cout. de Beavoisis 32».

[2]) Ср. Cout. de Beauvoisis—гл. 32, 26. Grand coutumier de France liv. II, ch. 21.

[3]) Grand Coutumier de France ibid. II, ch. 21.

[4]) Art. 62; Giraud—Essais sur l'histoire du droit français au moyen—âge t. II p. 279.

[5]) „Querele de novis dissaisinis non venient in parlamentis, sed quilibet bailivus, in bailivia sua, vocatis secum bonis viris eat ad locum, et, sine strepitu, sciat si sit nova dissaisina, seu impedimetum, seu turbatio; et si inveniat ita esse, faciat statim ressaisire locum, et arripiat in manu regis et faciat jus partibus".

[6]) См. Viollet—Les Etablissements de St. Louis 1881 I, p. 340.

Бомануаръ, у котораго мы имѣемъ ссылку на это рѣшеніе парижскаго парламента [1]) отмѣчаетъ, что для защиты владѣнія здѣсь было установлено три вида исковъ, именно: action de trouble, a. de nouvelle dessaisine и a. de force. Изъ нихъ action de trouble установленъ, подобно интердикту uti possidetis, въ защиту владѣнія отъ его нарушенія; искъ de nouvelle dessaisine имѣетъ цѣлью возстановленіе нарушеннаго владѣнія; искъ-же de force былъ искомъ по цѣли общимъ со вторымъ, съ тою лишь разницею, что являясь видомъ a. de nouvelle dessaisine, имѣлъ мѣсто исключительно въ случаяхъ насильственнаго отнятія владѣнія. Впрочемъ самъ же Бомануаръ сближаетъ ихъ оба, говоря (ch. 32 § 2):

— «Vos poez savoir que nule tex force n'est sans novele dessaisine, mais novele dessaisine est bien sans force, si come il est dit dessus».

Дѣйствительно, позднѣе въ скоромъ времени, благодаря ихъ близости, a. de force и a. de nouvelle dessaisine были слиты въ одинъ искъ—la réintegrande.

Излагая далѣе ученіе обо всѣхъ этихъ трехъ искахъ [2]), Бомануаръ между прочимъ подробно разсматриваетъ и action de nouvelle dessaisine, собственно говоря, имъ самимъ созданную. Въ этомъ искѣ, Бомануаръ, по всей вѣроятности, хотѣлъ объединить въ одинъ новый два извѣстныхъ Etabliss. de st. Louis иска—именно о защитѣ феодальной сезины и Redintegranda. Но это ему не удалось, и взамѣнъ того мы находимъ въ Coutumes de Beauvoisis рядъ постановленій, въ которыхъ подъ однимъ наименованіемъ—a. de nouvelle dessaisine, говорится о двухъ различныхъ (по прежнему) искахъ. Мало того, тѣмъ же терминомъ—nouvelle dessaisine Бомануаръ называетъ здѣсь и вообще всякое нарушеніе сезины, будетъ ли оно совершено vi, clam, или безъ таковыхъ—безразлично.

Чтобы эти заявленія наши не показались голословными, изложимъ здѣсь мѣста изъ coutumes de Beauvoisis, могущіе служить въ подтвержденіе сказанному.

---

[1]) Beaumanoir—Les coutumes de Beauvoisis ch. 32 § 1; ср. Viollet—cit. I p. 399 слѣд.; см. С. Никоновъ—cit. стр. 254 слѣд.

[2]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 256 слѣд.

Разсматривая изъ числа мѣстъ Coutumes de Beuavoisis, въ которыхъ Бомунуаръ излагаетъ свое ученіе объ a. de nouvelle dessaisine, chap 32 §§ 4, 6, 8, 24, 26, 39, 13, 27, 15 и др. [1]) мы находимъ ясныя указанія, что означенный писатель признавалъ здѣсь подъ именемъ этого иска искъ, дававшійся въ защиту лишь феодальной, титулованной (годичной) сезины отъ ея нарушеній, имѣвшій въ себѣ ясно выраженнымъ уголовный элементъ. При этомъ запрещалось искаться о нарушеніи сезины противъ того лица, отъ котораго, феодальнымъ порядкомъ, получена была ранѣе эта сезина: «car entre seigneur et tenant n'a point de dessaisine». Мало того, тотъ кто станетъ искаться о возстановленіи нарушенной сезины противъ своего сеньора, кромѣ отказа въ судебной защитѣ, еще присуждался къ уплатѣ въ казну пени 90 су; хотя ему не запрещалось искаться объ охранѣ нарушенныхъ правъ на судѣ у *своего-же сеньора*, если пожелаетъ тамъ вести дѣло инымъ искомъ, а не посредствомъ action de simple saisine.

Рядомъ съ изложеніемъ такого процесса, установленнаго въ защиту только феодальныхъ отношеній, въ тѣхъ же Coutumes de Beauvoisis указаны случаи, гдѣ выраженіе nouvelle dessaisine *означаетъ всякое нарушеніе сезины вообще*. Такъ, напр., въ гл. 32 § 11 постановлено, что при нарушеніи сезины, когда предъявляется одинъ изъ трехъ исковъ (a. de force, de trouble, de nouvelle dessaisine), судья долженъ прежде всего взять спорные предметы (недвижимости) подъ свою охрану и потомъ уже «demener le plet de nouvelle dessaizine en le maniere qui est dite dessus».

Въ § 2 гл. 32 равнымъ образомъ Бомануаръ замѣчаетъ, что при всякомъ насильственномъ отнятіи вещи неизбѣжно совершается и nouvelle dessaisine «Vos poés savoir que nulle tex force n'est sans novele dessaisine»...

Наконецъ, въ той же гл. 32 Cout. de Beauvoisis имѣется рядъ постановленій, хотя и говорящихъ равнымъ образомъ объ a. de nouvelle dessaisine, однако въ совокупности своей выясняющихъ намъ здѣсь искъ особый, во многомъ совер-

[1]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 262 слѣд.

шенно отличающійся отъ вышеуказаннаго иска того же наименованія.

Прежде всего въ этомъ отношеніи намъ необходимо остановиться на разсмотрѣніи правилъ гл. 32 §§ 23 и 24 Бомануарова сборника.

§ 23.—«Pierres estoit entrés en une tere el mois de mars et le fist areer et semer pesivlement, et quant vint à l'aoust, et il quida l'aveine soier, et tout presentement la terre despouillier de celle année, et y estoient si ovrier ja dedens pour queillir les biens adont vint Iehans et en osta les ouvriers dudit Pierre et contre son gré, et y mist les siens ovriers et emporta, que lui que sa mesnie, l'aveine. Adont fist Pierres ajorner Iehan sor novele dessaisine, et quant il vinrent en cort, Pierres requist à estre restablis de l'aveine que Iehans en avoit emporté, le quele il avoit arrée et semée et laborée paisivlement, et y estoit esntrés paisivlement, qu' onques nus à celui temps de lors n'i mist arrest ne contens pour debatre le labourage. A ce respondi Iehan, qu'il li connissoit moult bien que Pierres avoit le terre laborée et semée et entrés le soier, mes à tort l'avoit fet, si comme il disoit, car le terre estoit soie; mes il n'i estoit pas entrés par li, par quoi il ne voloit pas estre tenus à li resaisir ne restablir; et mesment, porce que Pierres ne disoit pas qu'il eust esté en saisine an et jor, par quoi il ne pooit demander saisine, comme il fust aparelliés de prover que li heritages fust siens; et sor ce mirent en droit: se Pierres seroit restablis ou non. Il fu jugié que Pierres seroit resaisis et restablis de l'aveine, le quele il avoit laborée pesivlement, tout n'eust il pas esté en saisine an et jor. Et par cel jugement pot on veoir que, de quelque coze je soie en saisine, et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans jugement on sans justice, je doi estre resaisis avant toute oevre, se je le requier».

Бомануаръ разсматриваетъ здѣсь слѣдующій случай: Петръ занялъ извѣстный участокъ земли въ мартѣ и сталъ его спокойно разрабатывать подъ пашню; когда же наступилъ августъ мѣсяцъ, онъ приступилъ къ сбору урожая, и

работники его уже начали уборку хлѣба. Въ это самое время другое лицо—Иванъ—явился со своими рабочими, запретилъ рабочимъ Петра снимать урожай, и поручилъ это дѣло своимъ, что тѣ и выполнили. Тогда Петръ предъявилъ противъ Ивана искъ de nouvelle dessaisine съ просьбой возстановить ему прежнее спокойное пользованіе имуществомъ и доходомъ съ него (урожай). На этотъ искъ Иванъ возразилъ, что онъ хотя и зналъ про пользованіе Петра спорнымъ земельнымъ участкомъ, но что пользованіе это не заслуживаетъ уваженія, главнымъ образомъ потому, что сезина Петра продолжалась менѣе года со днемъ; тогда какъ онъ—Иванъ — можетъ доказать свои наслѣдственныя права на спорный участокъ. Далѣе Боманоаръ задаетъ вопросъ, въ какомъ смыслѣ долженъ быть разрѣшенъ этотъ казусъ, и рѣшаетъ его въ пользу Петра, замѣчая, что какая бы вещь не находилась въ сезинѣ лица, т. е. движимая или недвижимая, будетъ ли самое владѣніе добросовѣстнымъ или нѣтъ, и какой бы краткій срокъ оно не продолжалось, но разъ вещь безъ суда, самовольно, была отнята у ея обладателя, послѣдній прежде всего, буде потребуетъ того самъ, долженъ быть возстановленъ въ прежнемъ своемъ состояніи.

Идея установленія такой защиты исключительно въ интересахъ охраненія всякаго спокойнаго фактическаго воздѣйствія на вещь, безъ обращенія вниманія на титулъ такого владѣнія (т. е. случай rem. ex can. Redintegranda), здѣсь вполнѣ ясна и очевидна.

Фактъ обобщенія Боманоаромъ подъ однимъ наименованіемъ a. de nouvelle dessaisine двухъ различныхъ исковъ, именно иска объ охранѣ феодальной сезины (выше изложеннаго) и a. ex can. Redintegranda, еще болѣе выясняется изъ содержанія гл. 32 § 24 Coutumes de Beauvoisis.

Изслѣдуя здѣсь далѣе примѣръ свой, изложенный въ § 23, Боманоаръ замѣчаетъ, что Иванъ (указанный выше захватчикъ вещи, проигравшій дѣло и вынужденный возвратить вещь Петру—истцу) можетъ, послѣ выдачи объекта иска обратно Петру, предъявить противъ послѣдняго въ свою очередь искъ de nouvelle dessaisine, основываясь на томъ, что спорная вещь—его наслѣдственное имущество, на

которое онъ, еще до захвата его Петромъ, уже имѣлъ сезину долѣе года со днемъ. На такой искъ Ивана Петръ не можетъ предъявить exceptio rei judicatae, ссылаясь на то, что спорный предметъ переданъ ему, Петру, по судебному приговору, и настаивать на возможности веденія Иваномъ дѣла лишь о правѣ собственности. Разъ дѣйствительно вещь была ранѣе, чѣмъ попасть къ Петру, у Ивана, въ его сезинѣ годъ и день, Петръ и долженъ будетъ, если эти обстоятельства на судѣ выясняться, снова передать вещь Ивану.

Гл. 32 § 24:—

«Or veons comment cil qui est tenus à resaisir par jugement, se pot puis plaindre de novele dessaisine de celi qu'il a resaisis et de ce meismes dont il l'a resaisi. Quant Iehans out resaisi de l'aveine dessus dite et aempli le jugement, il fist Pierre ajorner, qui resaisis estoit, sor novele dessaisine, et proposa contre li, qu'à tort et sans cause estoit entrés en le saisine et en le possession de son heritage, et sans saisine de segneur, et de novel puis un an et un jor pourquoi il requeroit que cele saisine fust ostée à Pierre et baillié à Iehan, comme a celi qui avoit esté en le derraine saisine de un an et un jor, et dusqu'au jor qu'il entra en le terre por laborer et semer. A ce respondi Pierres, qu'il avoit pledié au dit Iehan de cele meisme coze et sor novele dessaizine, et li avoit esté livrée le saisine par jugement, par quoi il ne voloit estre tenus à nule resaisine fere ne à respondre, se n'estoit au plet de le proprieté quant il seroit sor. le proprieté ajornés, et sor ce se mirent en droit. Il fu jugié que Pierres respondroit au claim que Iehans avoit fet contre li; car por ce se Pierres avoit esté resaisis de ce dont il avoit esté trovés en saisine, et il n'avoit maintenu le saisine d'un an et un jor entierement, ne demore pas, que Iehans qui maintenoit se saisine d'un an et un jor entierement, ne se peust plaindre de novele dessaisine de Pierre qui derrainemet estoit en le saisine entrés et n'i avoit pas esté an et jor».

Идея обоихъ исковъ очевидна; при первомъ (§ 23) судебная защита была направлена прежде всего на возстановленіе status quo, самовольно нарушеннаго отвѣтчикомъ (Иваномъ). При этомъ не обращалось вниманія ни на какой

титулъ самоуправно дѣйствовавшаго здѣсь лица: spoliatus ante omnia, restituendus est («je doi estre resaisis avant toute oevre, se je le requier»). Но разъ такая restitutio послѣдовала, разъ власть общественная вступилась, возстановила прежнее спокойное status quo и наказала виновнаго въ нарушеніи земскаго мира еще и пеней (60 су), *управомоченный* субъектъ, потерпѣвшій за свою попытку *самоуправно* охранять свои интересы, не лишался возможности *въ обычномъ порядкѣ* просить охраны своихъ интересовъ, и искаться противъ ихъ нарушителя передъ судомъ о защитѣ своей сезины путемъ a. de nouvelle dessaisine, доказывая титулъ свой и вообще права свои на обладаніе спорнымъ предметомъ, каковое требованіе и должно быть уважено судомъ, если послѣдній найдетъ доказательства истца убѣдительными. (§ 24); ср. ibid § 15: «Mes moi resaisi, se cil qui le m'osta prueve le coze à soie, il le r'aura».

Этимъ же, думается намъ, можно объяснить и то обстоятельство, что говоря объ action de nouvelle dessaisine, Бомануаръ, кромѣ приведенной имъ въ гл. 32 § 4 формулы заявленія истцомъ суду своей претензіи, указываетъ въ гл. VI § 10, другую болѣе сокращенную формулу этого иска, въ которой уже не имѣется указаній на годъ и день обладанія сезиной, а просто лишь содержится заявленіе о совершеніи противникомъ нарушенія владѣнія:

«Sire vés la Iehans qui m'a dessaizi et de tel coze et de nouvel».

Подобной же двойственности формулъ при a. de trouble и a. de force здѣсь мы не имѣемъ.

Таково наше толкованіе содержанія §§ 23 и 24 гл. 32 Бомануарова сборника [1]).

Въ литературѣ предмета господствуетъ иное воззрѣніе. Большинство думаетъ, что здѣсь Бомануаръ имѣлъ въ виду случаи нарушенія владѣнія лица вещами *движимыми*, въ отношеніи которыхъ лишь и не требуется непремѣнно доказательства наличности сезины у лица въ теченіи года и дня.

---

[1]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 268 слѣд.

Такимъ спорнымъ объектомъ поэтому въ примѣрѣ § 23 является будто бы *урожай,* а не самый участокъ [1]). Намъ думается, произвольность такого толкованія § 23, при болѣе внимательномъ изученіи содержанія послѣдняго, особенно въ связи съ § 24—cit., является настолько очевидной, что едвали нуждается въ подробной критикѣ (ср. ibid. § 13).

Какъ видно изъ словъ того же Бомануара, искъ a. de nouvelle dessaisine второго типа (redintegrenda) давался въ защиту противъ насильниковъ всякому владѣльцу, не только титулованному, но даже недобросовѣстному. По крайней мѣрѣ въ § 23 cit. ясно сказано:... «et que le saisine soit bone ou malvese..... je doi estre resaisis avant toute oevre, se je le requier». Искъ этотъ давался въ защиту владѣнія арендаторовъ и залогобрателей, при томъ не только противъ третьихъ лицъ, но даже противъ собственниковъ находящагося у нихъ имущества; въ послѣднемъ случаѣ однако лишь если эти собственники отберутъ самовольно свои вещи до срока, на какой они были переданы по договору въ пользованіе [2]).

Область примѣненія иска о новомъ лишеніи сезины второго типа (redintegranda) весьма обширна. По крайней мѣрѣ Бомануаръ въ цѣломъ рядѣ мѣстъ допускаетъ искъ этотъ въ защиту какъ вещей движимыхъ (гл. 32 § 15—cit. «...d'un queval, ou d'une autre beste ou de mueble quel qu'il soit»...), такъ и недвижимыхъ (ibid. § 13—«terre»), или тѣхъ

---

[1]) См. напр. Esquirou de Parieu—Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires 1850 стр. 113 слѣд.; Glasson—De la possession et des actions possessoires въ Nouv. Rev. histor. 1890 t. XIV стр. 615 слѣд.; Alauzet—Histoire de la possession 1849 стр. 160 и др.

[2]) Гл. 32 § 13 cit:

„ Cil qui tient autrui terre à ferme ou de grain ou de denier, á certain tans, se li tans est passés et je me remet en me terre, il ne se pot pas plaindre de moi de novele dessaizine. Et aussi s'il l'a par reson de gage qu' il ait engagié à anées, et les anées sunt hors, et je rentre en le coze, il n'a pas action de novele dessaizine vers moi, car male coze seroit se cil qui tient mon heritage à gage ou par reson d'engagement, après son tans passé pooit aquerre saizine contre moi. Mes se je li oste le coze le tans durant de son engagement, il a bien action de novele dessaizine contre moi".—

и другихъ вмѣстѣ (§ 16—«doaire»; §§ 23, 24—«l'aveine», «l'heritage»).

Срокъ годъ со днемъ при этомъ искѣ имѣлъ значеніе въ томъ отношеніи, что лишалъ споліата возможности искаться возстановленія своего status quo, разъ имъ не было въ теченіи этого времени, считая съ момента spolium'a, возбуждено иска о nouvelle dessaisine (гл. 32 § 25). Въ Бомануаровомъ сборникѣ положительнымъ образомъ высказано, что истецъ не обязанъ доказывать годичность своей сезины, предъявляя такой искъ: [1])

Вообще для примѣненія a. de nouvelle dessaisine второго вида (redintegranda) не требовалось никакихъ иныхъ условій, кромѣ наличности факта насилія; въ частности искомъ этимъ защищался и владѣлецъ vi clam, precario (ср. § 23 cit). Требовалось такъ мало условій для его примѣненія, что (§ 15 гл. 32) Бомануаръ объявляетъ его допустимымъ въ защиту недобросовѣстнаго владѣнія:

— «Et par ce pot on entendre, c'on pot bien estre resaisis de tel coze par coustume c'on en porteroit après le hart, si comme s'on avoit le coze dont on seroit resaisis, mal tolue ou emblée, et il est prové clérement».

Выигравшій дѣло въ такомъ процессѣ могъ, безъ сомнѣнія, проиграть его въ возбужденномъ противъ него противникомъ процессѣ о *правѣ* владѣнія, и тогда долженъ былъ выдать имущество cum omni causa (ibid. 32 § 30).

Начиная съ XIII вѣка, по мѣрѣ усиленія во Франціи изученія римскаго права и права каноническаго, иски о защитѣ владѣнія вообще стали получать все большее развитіе. Все болѣе проявляется стремленіе обезпечить за субъектомъ спокойное пользованіе находящимися у него въ обладаніи

---

[1]) „En aucun cas me puis je bien plaindre de novele dessaizine, tout soit ce que je n'aie pas esté en saisine de le coze dont je me plains". (§ 15 гл. 32).

„Et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui me oste de cele saisine sans jugement ou sans justice, je eoi estre ressaisis avant tout oevre, se je le requier". (§ 24 ibid).

благами и защищать его отъ всякихъ покушеній на личность и имущество со стороны третьихъ лицъ. Этому въ значительной степени помогло и то обстоятельство что королямъ Ордоннансомъ 1315 г. 13 мая удалось добиться категорическаго признанія за королевскимъ судомъ права разбора всякихъ исковъ о владѣніи, въ обширномъ смыслѣ этого слова [1]).

Объединеніе подсудности скоро повлекло за собою болѣе точную и однообразную разработку исковъ о защитѣ владѣнія.

Прежде всего здѣсь въ этомъ отношеніи три формы исковъ, о которыхъ говоритъ Бомануаръ, т. е. action de nouvelle dessaisine (перваго феодальнаго типа), a. de force и a. de trouble, объединяются въ одной общей для всѣхъ формѣ, подъ именемъ trouble, nouveau trouble, complainte de nouvelle trouble, novitas, или просто complainte [2]).

Эта Complainte защищала, собственно говоря, одинъ лишь видъ владѣнія, именно владѣніе титулованное, продолжавшееся годъ со днемъ, и при томъ объектомъ котораго являлись, почти исключительно, недвижимости. Такимъ образомъ цѣлая весьма значительная область владѣльческихъ отношеній оставалась незащищенной этимъ искомъ. Здѣсь именно выступаетъ теперь на сцену реципированный изъ каноническаго права искъ ex c. Redintegranda, при томъ уже не прикрываемый другими исками, какъ, напр. дѣлалъ съ нимъ Бомануаръ, но подъ своимъ старымъ наименованіемъ La Réintégrande.

Искъ этотъ былъ реципированъ въ Франціи безусловно въ цѣляхъ удовлетворенія тѣхъ же потребностей, которыя заставили реципировать его изъ каноническаго права въ свѣтскія законодательства и другихъ странъ. Насилія процвѣтали тогда во Франціи не менѣе, чѣмъ въ другихъ странахъ; одинаково и здѣсь, подъ вліяніемъ феодальныхъ идей, обращено было законодательствомъ и обычаями преимущественное, если не исключительное вниманіе на защиту недви-

[1]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 276 слѣд.
[2]) См. С. Никоновъ—cit. стр. 278 слѣд. 283 слѣд.

жимостей по связи таковыхъ съ феодальными отношеніями ихъ владѣльцевъ. Въ то же время условія жизни и быта Франціи, начиная съ XIV вѣка, стали постепенно выдвигать на первый планъ, вопросъ объ упорядоченіи владѣнія и пользованія вещами движимыми, а равно о средствахъ и способахъ защиты владѣнія послѣдними, безотносительно къ феодальному строю, игравшему такую важную роль въ ученіи о защитѣ владѣнія (сезины) недвижимостями. Дѣло въ томъ. что въ XIV вѣку движимости, съ развитіемъ торговли и оборота вообще, получили и юридически большое значеніе какъ самостоятельные объекты права, охрана покойнаго пользованія которыми за ихъ владѣльцами являлась настоятельно необходимой. Между тѣмъ la complainte могла быть примѣняема лишь въ защиту *феодальныхъ* владѣній, т. е. почти исключительно недвижимостей. Наконецъ, и въ отношеніи послѣднихъ la complainte не всегда давала надежную защиту. Такъ прежде всего многихъ владѣльцевъ стѣсняло при ней обязательное требованіе годичнаго срока покойнаго владѣнія, ранѣе котораго они оставались беззащитными противъ такъ часто совершавшихся тогда насильственныхъ захватовъ имущества, особенно когда ихъ лишали владѣнія объектомъ, а не просто лишь тревожили въ спокойномъ обладаніи послѣднимъ.

Выходъ изъ этихъ затрудненій при защитѣ владѣнія былъ найденъ, благодаря рецепціи правилъ каноническаго права о redintegranda, которую Grand Coutumier сталъ примѣнять именно въ защиту владѣнія *движимостями* въ случаяхъ spolium'a [1]).

---

[1]) Grand Coutumier—cit. p. 250:—

„Nota quod ubi quis intentat vim ablativam vel violenciam *mobilium* sibi factam, recredentia facienda est actori sine causae cognitione, et ante litis contestationem, et est speciale propter privilegium causae spoliationis. Nam sicut ante omnia de ea cognoscitur, ita et ante omnia recredencia facienda est. Et est ratio potissima, quia cum regulariter recredencia fieri debeat illi qui ultimo invenitur possidere, et spoliatus se dicendo spoliatum confiteretur adversarium saisitum, et sic semper fieret illi de quo est querella tamquam de spoliatore, quod non est faciendum".—

„Item in causa spoliationis non potest fieri litiscontestatio ad finem recredenciae quin fieri oporteret super principali, quia in ea non potest

Redintegranda такимъ образомъ являлась по прежнему средствомъ защиты имущественнаго status quo отъ его нарушеній безъ обращенія при этомъ вниманія на самый характеръ владѣнія споліата—владѣлъ ли онъ годъ со днемъ, или хотя одинъ день, былъ ли онъ управомоченъ и имѣлъ justus titulus, или былъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ,—безразлично. Вмѣстѣ съ тѣмъ лицо, проигравшее дѣло въ порядкѣ redintegranda, не лишалось права искаться о томъ же имуществѣ путемъ la complainte, конечно, если оно считало себя способнымъ выиграть дѣло путемъ предъявленія такого иска.

Это свойство réintégrande часто являеться какъ бы предварительной стадіей для complainte повлекло за собою среди юристовъ XV—XVI в.в. смѣшеніе понятій, или вѣрнѣе обобщеніе réintégrande съ la récréance, т. е. со средствомъ судебнаго выясненія, кому владѣть вещью за время веденія complainte [1]).

Въ то же время однако Имберъ [2]) отмѣчаетъ условія примѣненія reint. во всемъ согласно съ правилами ad hoc каноническаго права, указывая, что:

«La réintegrande a lieu contre tous ceux qui injustement detiennet et occupent, et peut estre formée par tous qui à droit et bonne cause tenaient et exploitaient avant la spoliation».

Такое вспомогательное, такъ сказать, значеніе réintégrande при искѣ la complainte (т. е. слѣдовательно, главнымъ образомъ въ случаяхъ, когда объектомъ иска было

---

esse recredencia nata post causam principalem, cum simul ei jungatur si bene advertes, sed in aliis causis secus, ut in interdicto uti possidetis et aliis".—

[1]) „Sibi recredentia adjudicetur, id est monumentanea (momentanea) aut fiduciaria possessio". Bugnion—Tractatus l. I. c. CXLII стр. 102.

„Les sentences de récreance et de réintégrande en toutes matières et de garnison seront executoires nonobstant l'appel et sans prèjudice d'iceluy en bailant caution"—читаемъ мы въ art. 59, Ordonannce de Villers Cotterets (1539 г.) Recueil du Louvre XII, стр. 612, art. 63; сравн. Ordonnance civile 1667 г. tit. XVIII. art. 2.

[2]) Imbert.—Pratique judiciaire ch. 17.

недвижимое имущество) не закрыло отъ юристовъ того времени непосредственнаго значенія и роли его, какъ иска самостоятельнаго, примѣнявшагося въ цѣляхъ возстановленія спокойнаго пользованія (преимущественно) вещами движимыми. Какъ искъ самостоятельный, при томъ sui generis, разсматривается reintegranda тѣмъ же Имберомъ, который даже различаетъ въ отношеніи его два способа предъявленія, именно, въ порядкѣ гражданскомъ и уголовномъ [1]).

Увлеченные вообще стремленіемъ реципировать на Французскую почву нормы римскаго права романисты признавали и réintégrande за институтъ римскаго права, считая ее тождественной интердикту recuperandae possessionis [2]).

Такое отождествленіе réintégrande съ unde vi однако нашло себѣ мало сторонниковъ, благодаря главнымъ образомъ различію въ самыхъ объектахъ защиты при этихъ искахъ. Уже Имберъ въ своей Pratique judiciaire, въ гл. 17,

---

[1]) Какъ пишетъ Имберъ:—Pratique judiciaire ch. 17:

„Cette réintégrande peut estre formée et commencée en deux manières, car l'on peut la former civilement et simplement comme une autre action civile: ou bien avoir lettres royaux ou mandemens de juge competent adressans au premier sergent par lequel luy est mandé que, appellé un notaire avecques luy, il s'informe diligemment et secrettement de la possession et spoliation du demandeur de la chose dont est question pour l'information faicte, estre portèe ou envoyée par lui féablement close et scellée par-devant le dict juge, pour y estre donné telle provision que de raison. Et l'information rapportée par devens les gens de roy et le juge est baillé décret d'adjournement personnel ou prinse de corps selon la qualitè des excez qui ont été commis en faisant la dite spoliation et au parsus l'on y procéde comme en une autre matière criminelle".—

[2]) Какъ говоритъ Gregorius Tolosanus (Syntagma juris pars III, lib 21):

— „In locum interdicti recuperandae possessionis utimur litteris seu codicillis regis, seu senachi, si is privilegium habet, quos statutum dicunt querelae de novis dessaisinis, in quo spoliatus dicit se possedisse et fuisse vocant etiam restitutionem la réintégrande". Ср. Lizet et Imbert —въ ихъ „Pratiques" ch 17; Charondas—примѣчаніе къ Grand Coutumier ch 21; 21; ср. Parieu—стр. 133.

Равно указываетъ Clarondas, sur Boutheiller liv. I ch. 27:

„— Au lieu de l'interdit Unde vi (единственный, о коемъ говорилъ Бутейе) à présent on practique la réintégrande, qui a esté introduite par les canonistes".

весьма подробно излагаетъ черты различія между interd. unde vi и réintégrande, указывая между прочимъ на то, что послѣдняя давалась въ защиту какъ possessor'а, такъ и всякаго держателя не только недвижимаго имущества, но главнымъ образомъ вещей движимыхъ, каковая область примѣненія совершенно чужда римскому unde vi. Здѣсь же онъ, кстати сказать, отмѣчаетъ весьма обширную область примѣненія этого иска не только въ духовныхъ но и свѣтскихъ судахъ того времени:

— «Frequentissimus est illius constitutionis (can. Redintegranda) in foro etiam laico usus».

Кюжасъ выставилъ иное воззрѣніе, утверждая, что réintégrande происходитъ изъ римскаго права, гдѣ онъ видѣлъ ея основаніе въ знаменитомъ generale interdictum restitutorium глосаторовъ или generale interd. momenti, actio momenti, beneficium momenti, т. е. въ средствѣ защиты „ad omnes perturbatae ac perversae possessionis casus" (Cujacii—Observationes XIX, 16. 1. 20). При этомъ спеціально по поводу reintegranda онъ замѣтилъ, что искъ этотъ не могъ быть названъ int. unde vi, «quia vis nulla intercessit» но что это «generale interdictum restitutorium momentariae possessionis appellamus».—

Природу его онъ характеризовалъ слѣдующимъ образомъ:

—«....postulatur possessio momentaria per interdictum vel actionem ex causa interdicti ab eo, qui possessionem vi, aut dolo, aut metu, aut iniquo judicio spoliatus est; et quia statim restituenda est, dilata dominii quaestione, ideo dicitur momentaria» [1]).

Точно также и Charondas, въ своихъ примѣчаніяхъ къ Grand Coutumier, называетъ la réintégrande «interdictum momenti sive momentariae possessionis quae statim sine ulla cunctatione spoliato restituenda est et a Symmacho (lib. 1 Epistul.) momenti reformatio appellatur.»

Слѣдуетъ замѣтить, что и это мнѣніе не оказалось господствующимъ, въ виду слишкомъ явной и несомнѣнной

---

[1]) Объ этомъ см. выше стр. 21 слѣд.

рецепціи разсматриваемаго иска изъ каноническаго, а не изъ римскаго права [1]).

Во всякомъ случаѣ, какъ справедливо указалъ еще Bruns, (cit. стр. 365) réintégr. за періодъ времени отъ XIII до XIV столѣтія получила несомнѣнное распространеніе и права гражданства во Франціи. Уже Masuer, Rebuff, Gui—Pape, Gregorius Tolosanus и другіе трактуютъ о ней, какъ объ общеизвѣстномъ и распространенномъ средствѣ процессуальной защиты [2]).

Eguinardus Baro говоритъ про него:

—«Recuperandae possessionis gratia—«redintegration ou redintegrande», ex lege pontifica apud Gallos tralatitia est condictio, sive vi, metu, dolo, sive alia iniusta causa despoliati simus rebus nostris vel mobilibus»...

Самый терминъ réintégrande для означенія особаго иска о защитѣ владѣнія встрѣчается уже издавна во французскихъ *законодательныхъ* памятникахъ. Такъ о немъ имѣются указанія въ ордоннансѣ de Villers—Coterets (1539 г.), Art 63 котораго гласитъ:

—«Et seront toutes instances possessoires de complainte ou réintégrande vuidées sommairement les preuves faites tant par lettres que par témoins dedans un seul délai arbitré au jour de la contestation et sans plus y retourner par reliévetent de nos chancelleries n'autrement».—

Art 62 того же ордоннанса постановляетъ:

«les sentences de recreance et réintégrande en toutes matières et de garnison seront executoires nonobstant l'appel et sans préjudice d'iceluy en baillant caution».

---

[1]) Замѣчаніе Heusler'a—cit. S. 406, что réintégrande имѣла мало значенія и рѣдко примѣнялась въ средневѣковой жизни, почему мало о ней указаній и въ кутюмахъ и въ кодексахъ—является вполнѣ ошибочнымъ и несоотвѣтствующимъ дѣйствительному положенію вещей, какъ это, думается мнѣ, я съ достаточной ясностью изложилъ выше, на страницахъ настоящей работы.

[2]) Masuer—Pratic. tit. 9; Rebuff—Comment. in const. Gall. tit. de mat. poss; Guido Papa—Decis. aur. qu 552 № 5; Gregor. Tolosan. Syntagma juris 36, 25 § 13.

Закономъ этимъ 1539 года установлено было ограниченіе примѣненія réintégrande годичнымъ срокомъ. Наконецъ, въ ордоннансѣ 1667 года дано было болѣе точное разграниченіе области примѣненія complainte и réintégrande. Они разсматриваются какъ два взаимно параллельныхъ иска; причемъ какъ замѣчаетъ Heusler (cit. стр. 407), легко можно подмѣтить и здѣсь стремленіе редакторовъ уподобить la complainte интердикту uti possidetis, а réintégrande интердикту unde vi. Въ 18 титулѣ §§ 1, 2, этого ордоннанса имѣются слѣдующія правила:

Art 1—«Si aucun est troublé ou empéche en la possession et jouissance, d'un héritage ou droit réel réputé immeublé ou universalité de meubles, qu'il possédoit publiquement sans violence et sans tenir la possession précairement de sa partie, il doit dans l'année de trouble intenter complainte en cas de saisine et de nouvelleté contre celui qui lui a faict le trouble ou empechement».

Art. 2.—«Celui qui aura été depossedé par violence ou par voie de fait, pourra demander la réintégrande, laquelle il poursuivra par action civile ei ordinaire, si bon lui semble, ou extraordinairement et par action criminelle».

И этотъ ордоннансъ оставилъ не выясненнымъ рядъ вопросовъ въ области примѣненія réintégrande. Такъ не видно изъ него, допустимъ ли былъ этотъ искъ въ защиту недвижимостей или однихъ движимостей; не выяснено и то, что здѣсь должно понимать подъ терминомъ «possession», равно требовался ли годичный срокъ для его примѣненія и проч.[1]).

Дальнѣйшая судьба Réintégrande во Франціи оказалась печальной. Юристы 18-го и начала 19-го вѣка, съ Потье во главѣ, увлеченные рецепціей римскаго права во французское законодательство и судебную практику, старались всѣми силами подвести подъ романистическій уровень и старые французскіе иски—la complainte и la reintégrande, ассимилируя первый изъ нихъ съ римскимъ Uti possidetis, а второй—съ Unde vi. Эта романизація исковъ

[1]) См. Renaud—Die Besitzklagen... S. 316.

повела къ тому, что теперь снова стали признавать допустимыми ихъ въ защиту лишь недвижимостей [1]) отрицая возможность примѣненія ихъ къ движимостямъ. При этомъ «реформа» Réintégrande дошла до того, что стали даже смѣшивать этотъ искъ съ Complainte, признавая допустимыми ихъ оба въ защиту лишь титулованнаго (годъ и день) владѣнія, а не всякого держанія, какъ было установлено ранѣе [2]) Такая неудачная разработка ученія о разсматриваемомъ искѣ оказалась однако господствующей въ юридической литературѣ того времени. Тщетно Chabrol, напр., (Cout. d'Auvergne) старался убѣдить юристовъ своего времени, что «la moindre possession suffit pour autoriser la réintégrande, et elle peut être exercée par un fermier même»:—забота его возстановить во французскомъ правѣ a. spolii въ ея чистомъ видѣ оказалась «гласомъ вопіющаго въ пустынѣ».

Великая Французская революція застала такимъ образомъ полное смѣшеніе понятій о réintégrande (какъ и о владѣніи вообще) въ литературѣ, и въ судебной практикѣ. Однако и извѣстный декретъ 24 августа 1790 года (art. 10) не далъ въ нашей области какихъ-либо руководящихъ указаній, говоря вообще лишь мимоходомъ о поссессорныхъ искахъ. Редакторы Code Napoleon,—убѣжденные романисты, какъ и слѣдовало здѣсь отъ нихъ ожидать, рецепируя въ родное право по возможности именно правила римскаго права, говорятъ о Réintégrande, лишь случайно, въ art. 2060 [3]).

Собственно говоря, даже представляется совершенно неяснымъ, какъ относились редакторы Code Civil къ разсматриваемому нами иску, т. е. оказались ли здѣсь въ своей точкѣ зрѣнія на него романистами типа Потье, или признавали réintégrande съ основными по крайней мѣрѣ свойствами и характеромъ a. spolii канонического права.

---

[1]) Pothier—De la possession № 84, № 108.

[2]) Esquirou de Parieu De la possession p. 159.

[3]) Art. 2060 Code civil—«La contrainte par corps a lieu pareillement... En cas de réintégrande, pour le delaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait; pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue possession et pour le payement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire».

Въ тоже время въ Code de la procédure civile имѣется цѣлый спеціальный титулъ, озаглавленный—Des jugements sur les actions possessoires, гдѣ однако редакторы не помѣстили даже упоминанія ни о complainte, ни о réintégrande. Подобное своеобразное отношеніе ихъ къ старымъ искамъ французскаго права, думается намъ, никакъ нельзя объяснять «разсѣянностью» редакторовъ или тѣмъ, что они просто забыли установить хотя бы руководящія основныя начала этихъ исковъ. Скорѣе всего они хотѣли „замолчать“ оба иска, и устранить ихъ такимъ образомъ изъ созданной ими системы поссессорной защиты, гдѣ имъ не оказалось мѣста.

Такое отношеніе дѣйствующаго французскаго законодательства къ réintégrande и къ complainte вызвало цѣлый расколъ среди французскихъ юристовъ, по вопросу о томъ, какъ слѣдуетъ въ настоящее время относиться къ этимъ двумъ искамъ, признавать ли ихъ вообще, и если—да, то какой объемъ и условія примѣненія имѣютъ они. Мы не будемъ входить здѣсь въ разсмотрѣніе всѣхъ относящихся сюда многочисленныхъ и сложныхъ контроверзъ; замѣтимъ лишь, что большинство писателей, основываясь на Art. 23 и 24 Code de proced., гдѣ говорится лишь о trouble, признаютъ, что весь указанный титулъ говоритъ именно о la complainte, и считаютъ, что и по дѣйствующему праву этотъ искъ продолжаетъ примѣняться въ томъ же объемѣ, какой онъ имѣлъ до ордоннанса 1667 года. Самое выраженіе законодателя—trouble—толкуется ими lato sensu; именно подъ нимъ разумѣется всякое spolium, лишь безъ насилія. Что же касается случаевъ причиненія spolium'a съ насиліемъ, то юристы, ссылаясь на фактъ упоминанія въ art. 2060 Code Civil про reintégrande, признаютъ именно въ этихъ случаяхъ примѣненіе послѣдняго, т. е. какъ бы воскрешаютъ его и для современнаго юридическаго быта Франціи. Однако воскрешенная ими réintégrande въ конечномъ результатѣ получила такой видъ что подъ ней съ трудомъ лишь можно разпознать могучій и властный искъ каноническаго права.

Прежде всего, теперь réintégrande признается въ силу своего допущенія только для случаевъ spolium'a, совершен-

наго violenter, за искъ ex delicto, даваемый только противъ самихъ насильниковъ и ихъ наслѣдниковъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, по точному смыслу законовъ приходится признать, что защищаться имъ могутъ владѣльцы, cum animo domini, но не держатели вещи, имѣющіе ея по прекарному титулу („á titre precaire), и при томъ лишь лица, въ спокойномъ владѣніи которыхъ спорныя вещи находились не менѣе одного года. Именно ст. 23. Code de procédure civile гласитъ: «Les actions possessoires ne seront recevables qu' autant qu' elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux, qui depuis une année an moins étaient en possession paisible par eux, ou les leurs, a titre non précaire». По ст. 2236 Code Civil установлено что précairement владѣютъ; арендаторъ, хранитель поклажи, пользовладѣлецъ и всѣ другіе, которые владѣютъ отъ имени собственника. Однако не только юристы, но и судебная практика Франціи рѣшительно пошли противъ примѣненія этихъ явно устарѣлыхъ и невозможныхъ нынѣ въ развитомъ оборотѣ современнаго общества привилъ,—и категорически постановила, основываясь на прежнемъ обычномъ правѣ Франціи, допустимость la réintégrande, какъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія не только въ защиту владѣльцевъ cum animo domini, но всѣхъ, кто имѣетъ по вещи дѣйствительное фактическое обладаніе («possession actuelle et materielle»). [1]) Нѣкоторые юристы, какъ напр. Molitor—(cit. № 81), *Merlin* (Repertoire v. Comptainte § 2, пошли еще далѣе, и допускаютъ reintegrande даже въ случаяхъ, когда spolium было совершено безъ violentia; однако подъ условіемъ, чтобы споліатъ доказалъ свое владѣніе (colorare possesionem).

Въ виду существованія и господства во французскомъ правѣ извѣстнаго правила art. 2279 Cod. Civil: en fait des meubles la possession vaut titre, réintégrande признается теперь допустимой лишь въ случаяхъ spolium'a недвижимостей.

---

[1]) См. Cassat. 25 Avr. 1865; 10 fevr. 1869; 2 juill. 1882 и др. См. еще *Duranton*—t. IV № 246; *Molitor*—№ 108, 103; *Aubry et Rau* § 189 и др.

Actio spolii въ германскомъ правѣ.

При внимательномъ разсмотрѣніи источниковъ быта и права германскаго средневѣковья мы неизбѣжно замѣчаемъ всюду проникновеніе правилъ о защитѣ споліатовъ, начиная съ XIII вѣка. При этомъ приходится убѣждаться, что нормы эти не привились здѣсь въ обществѣ насильственнымъ способомъ, волей, напр., однихъ императоровъ или князей. Напротивъ, общество, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, реципировало ихъ добровольно, и законодатель, издавая правила противъ spolium'a, просто шелъ лишь этимъ на встрѣчу назрѣвшей въ обществѣ потребности защиты и охраны покойнаго фактическаго воздѣйствія лица на вещь противъ всякихъ насильниковъ и самоуправцевъ. Можно прямо сказать, что всюду въ Германіи, разъ гдѣ возникала въ обществѣ потребность въ охранѣ земскаго мира и борьба противъ насильниковъ, тамъ законодатель обыкновенно реципировалъ нормы каноническаго remedium'a spolii.

Уже въ раннихъ постановленіяхъ о земскомъ мирѣ для Германіи XIII вѣка постепенно все чаще помѣщается основное правило каноническаго права о restitutio spoliatorum; причемъ споліату предписывается лишь доказывать одинъ фактъ споліума, чтобы получить возстановленіе своего прежняго состоянія по имуществу.

Такъ въ земскомъ мирѣ Оттокара для Австріи, отъ 1251 года [1]) гдѣ впервые встрѣчаемся мы съ признаніемъ частно-правнаго характера за искомъ о защитѣ владѣнія, постановлено, что всякій, лишенный самоуправно владѣнія (Gewere) своимъ имуществомъ, если подтвердитъ «самъ—третій» подъ присягой просто одинъ фактъ лишенія сезины, долженъ быть возстановленъ судьей въ обладаніи отня-

[1]) Archiv für Kunde Oesterreichischer Geschichte I S. 59.

тымъ имуществомъ и охраняемъ отъ нарушеній владѣнія на будущее время: [1])

Тѣ же правила, только въ болѣе распространенномъ видѣ, повторяются въ земскомъ мирѣ Рудольфа Габбсбургскаго, отъ 1281 года, изданномъ по соглашенію съ Баварскими князьями и епископомъ для Баварскихъ земель. [2])

Согласно art. 4 этого земскаго мира, кто жалуется на другого, что тотъ самовольно изгналъ его изъ имѣнія силой, долженъ привесть двухъ или трехъ свидѣтелей изъ наиболѣе уважаемыхъ лицъ своего прихода для подтвержденія факта насилія, и тогда споліатъ возстановляется въ своеіі сезинѣ, а насильникъ платитъ еще пени 5 шфен. [3])

Въ пользу рецепціи этого правила изъ каноническаго права, кромѣ общаго смысла его, можно указать на помѣщенное здѣсь въ текстѣ правило о срокѣ—«alz lang, alz ez im auzen gewesen»,—которое равнымъ образомъ примѣнялось и при remedium'ѣ spolii:—«tamdiu quamdiu expoliatus est».

Равнымъ образомъ и въ Art. 28 того же земскаго мира, отъ 1281 г., содержится правило о restitutio spoliatorum, въ примѣненіи къ леннымъ отношеніямъ. Именно, здѣсь установляется обязанность возстановленія нарушеннаго владѣнія леномъ прежде разбора спора о самомъ *правѣ* на послѣдній. [4])

Въ послѣдующихъ по времени Landfrieden это правило

---

[1]) „Wir setzen und gebiten: Swer den andern sines gutes entwert, mak der chlager daz bringen selbe dritte siner hausgnozze... mit dem aeide auf den heiligen, man antwurt im di gwer wider und sol ims (uns) der rihter als lange schermen als si ener (jener) gehabt hat; und swaz er sin gnozzen hat, daz sol er im selbe anderes wider geben".—

[2]) См. Pertz-Mon. Germ. IV p. 427.

[3]) „Swa ain man den anderen ansprichet, er hab in sines guts entwert mit gewalt ân reht, mag der chlager daz bringen mit zwein der nahsten und besten in der pfarre, daz er in entwert hat m. g. a. r., den sol man in sin gewer als lang setzen, als ez im auzen gewezen und sol der schuldige 5 ph. geben dem richter".—

[4]) „Swer des andern sin laent innimt, die er in nutz und in gwer hat behabt, di sol er im wider antwurten, und sol im dirre daz reht dann davon tuon, und die gwer an den laenten sol er bahaben mit zwein".—

о restitutio spoliatorum уже постоянно встрѣчается. Такъ на земскомъ мирѣ, отъ 1244 года [1]), установленномъ герцогомъ Баварскимъ, архіепископомъ Зальцбургскимъ и его Баварскими суффраганами, а равно епископомъ Эйхштедтскимъ и Бамберскимъ, было постановлено (Art. 63 de possessione):—

«Si quis de sua possessione ejectus fuerit, si violentiam cum tribus idoneis personis probaverit, in suam restituatur potestatem».

Другими словами, при изгнаніи изъ владѣнія извѣстнымъ имуществомъ достаточно было потерпѣвшему доказать, при помощи опредѣленнаго числа достовѣрныхъ свидѣтелей, *самый фактъ* учиненнаго ему насилія, чтобы тѣмъ самымъ получить возстановленіе въ прежнее свое состояніе по имуществу [2]).

При этомъ постепенно все болѣе ясно выражается идея необходимости защиты владѣнія отъ его нарушеній, и при томъ защиты въ цѣляхъ охраненія имущественной безопасности гражданъ. Такъ въ земскомъ мирѣ Карла V, отъ 1548 г. [3]) прямо запрещается всякое самоуправное нарушеніе владѣнія, хотя бы оно и было совершено безъ насилія.

Запрещая здѣсь (§ 1) всякаго рода самовольныя нарушенія status quo, императоръ Карлъ V постановляетъ, чтобы каждый оставался спокойно владѣющимъ своимъ имуществомъ, и объявляетъ, что беретъ всѣхъ мирныхъ гражданъ подъ свою защиту отъ насильниковъ, руководствуясь въ этомъ примѣромъ своихъ «предшественниковъ»—Римскихъ

---

[1]) Monumenta Wittelsbachiana I, № 36.

[2]) Въ 1300 году герцоги Оттонъ, Рудольфъ и Стефанъ установили (въ Баваріи) земскій миръ, § 60 котораго повторяетъ тѣ же правила, что и договоръ 1281 года:

„Wir setzen auch swa ein man den andern ansprichet vor dem gericht, er hab in sines gutes entwert mit gewalt an reht, mag der chlager daz bringen mit siben geloubhaftigen man, daz er im entwert hab mit gewalt an reht, den sol man in sin gewer wider setzen, alslang er entwert ist, und sol dem richter 5 pf. der schuldig ze wandel geben und sol dem chlager abtun.“ Monum. Wittelsbachiana II № 217.

[3]) См. Zeumer—Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung 1904 S. 271—281.

королей и императоровъ. Признавая далѣе вредными (§ 5) всякаго рода насилія и грабежи, а равно всякаго рода самовольные поступки, въ виду причиненія ими «смуты» въ государствѣ, императоръ требуетъ прежде всего отъ князей и своихъ подданныхъ борьбы съ насильниками и возстановленія споліатовъ въ ихъ прежнемъ состояніи [1]):

Весьма интереснымъ для насъ является здѣсь то обстоятельство, что редакторы земскаго мира, отъ 1548 г., заимствуя правило *каноническаго* права о restitutio spoliatorum, заявляютъ сами о рецепціи ими этихъ положеній изъ права *римскаго*. Объяснить это можно, думается намъ, тѣмъ увлеченіемъ римскимъ правомъ, съ которымъ изучали и практически примѣняли его нормы къ той порѣ повсемѣстно въ Германіи; причемъ ссылка такая на римское право, какъ на источникъ, придавала въ жизни бо́льшій авторитетъ самой реципируемой нормѣ [2]).

[1]) § 1—„dass auch keiner den andern seiner Possession, Inhabens, oder Gewehr, es wären Schloss, Städt, Dörffer. Kirchen, Klöster, Clausen, Zinss, Gülten. Zehenden, liegend und fahrend Haab, Güter, Regalia, Jurisdiction, Gericht, Hoch und Obrigkeiten, geistlicher und anderer Gericht, geistlicher und weltlicher, Zöll, Wasser, Weyde und aller anderer Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, mit gewehrter Hand und gewaltiger That freventlich entsetzen, noch seine Unterthanen abziehen oder zum Ungehorsam wider ihre Obrigkeit bewegen oder dieselben ohn gemeldeter ihrer Obrigkeit Wissen und Willen anders dann, wie es jederzeit bey Unsern Vorfahren Römischen Kaysern und Königen löblicher Gedächtniss und uns herkommen ist, in Schutz und Schirm annemen, sondern soll ein jeder den andern bey dem seinen geruhiglich und unverhindert bleiben“...

И далѣе, § 5:

„Und nachdem sich aber gemeiner, schlechten Spolien und Entsetzung halben, so nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geschehen (welche also diesem kayserlichen Land Frieden und desselben Straff und Pön nicht unterworffen) allerley Irrung in dem Reich künfftiglich zutragen möchten, unz aber zu Erhaltung beständigen Friedens, auch gleichmässigs Rechtens vonnöthen seyn will, den Entsetzten dissfalls förderlich zur Restitution und dem Jhrigen zu verhelffen, so haben Wir Uns aus billigen Mitleyden, so mit Entsetzen getragen werden soll, mit Churfürsten, Fürsten und gemeine standen eines Austrags angezogener Entsetzung verglichen, wie dann in gemeiner Cammer-Gerichts-Ordnung allhie auffgericht, solches unter seinem Titul gefunden wird“.

[2]) См. еще случаи рецепціи remedium'a spolii въ тяжбахъ между магнатами отъ XIII—XIV вв. С. Никоновъ—cit. стр. 332 слѣд.

Указанія на примѣненіе remed. spolii въ случаяхъ разбора дѣлъ королевскимъ Hofgericht'омъ имѣются равнымъ образомъ, уже начиная съ средины XIII вѣка. Такъ въ 1260 году, Hofgericht[1]) декретомъ своимъ предписалъ возстановить аббатиссу von Essen во владѣніи имуществомъ, насильственнымъ образомъ отнятымъ у нея, причемъ указалъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что этимъ приговоромъ не затрагивается вопросъ о разрѣшеніи въ будущемъ спора тяжущихся, въ порядкѣ петиторномъ, о *правѣ* владѣнія тѣмъ же объектомъ:

«Abbatissam de plenitudine consilii nostri in possessionem advocatie sue... missimus, ex qua... possessione, sicut asserebat, a comite Adolfo de Marchia per violentiam fuerat ejecta, et in eadem possessione... abbatissam ab omnibus defendere proponimus diligenter; volumus enim, quod si prenotatus comes... affirmat, se aliquod jus habere in advocatia antefata, in nostra presentia proponat plenam justitiam recepturus».—

Думается намъ, трудно найти другой примѣръ, въ которомъ болѣе ясно выражено было бы знакомое намъ правило каноническаго права—Spoliatus ante omnia restituendus est[2]).

Наконецъ, и въ статутахъ германскихъ городовъ, начиная съ того же времени (XIII вѣкъ), встрѣчаются указанія на примѣненіе особыхъ исковъ въ защиту владѣнія отъ его нарушеній, независимо отъ разрѣшенія вопроса о *правахъ* лицъ по тому же имуществу. Вмѣстѣ съ тѣмъ и здѣсь ранѣе всего проявляется рецепція нормъ, собственно говоря, не римскаго права, а каноническаго.

Такъ въ правѣ города Муртена (Murtener Stadtordel),

---

[1]) См. Franklin—Das Reichshofgericht im Mittelalter I, 129, прим. 4.

[2]) Сравн. еще случай примѣненія remedium spolii, тоже отъ XIII вѣка, приведенный Лабандомъ, именно отъ 1265 г.: Monum. Wittelsbachiana I, № 86, art. 17, гдѣ постановлено:

„Item si dux H. probaverit se violenter privatum villa in E., restituetur possessioni ejusdem et postmodum duci L. abinde justitiam exhibebit". Ср. Laband - Die vermögensrechtl. Klagen. 1869 p. 189.

отъ 13 вѣка [1]), постановлено, что лицо, учинившее spolium въ предѣлахъ города, обязано, кромѣ возстановленія споліату имущества, еще уплатить пени по 60 солидовъ потерпѣвшему и городскому судьѣ (Schuldheiss). Пеня эта уменьшается, въ случаѣ совершенія насилія за предѣлами города, до трехъ солидовъ каждому. Такой повышенный размѣръ пени съ виновнаго въ spolium'ѣ въ самомъ городѣ объясняется, думаемъ мы, стремленіемъ закона возможно тщательнѣе обезпечить личную и имущественную безопасность гражданъ именно въ предѣлахъ городскихъ стѣнъ, гдѣ особенно были бы нежелательны случаи нарушенія земскаго мира [2]).

---

[1]) См. Gaupp-Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II p. 145—147.

[2]) § 22— „Et quicunque auctoritate propria re sua alium spoliaverit infra villam, tenetur ea restituere spoliato et LX solidos emendare, et sculteto similiter sexaginta. Si extra villam spoliaverit, tenetur sculteto et spoliato cui libet tres solidos emendare, nisi forte contra prohibitionem sculteti spoliaverit, quia tunc utrique in LX solidis est astrictus".—

То же правило повторяется, (съ нѣкоторымъ лишь измѣненіемъ въ суммѣ пени, подлежащей взысканію съ насильника), въ послѣдующемъ по времени Муртенскомъ же городовомъ правѣ, отъ 1377 года.

§ 19—„Item quicunque alium re sua spoliaverit infra villam, ea restituat spoliato cum viginti solidis Lausannensibus et advocato viginti. Et si extra villam spoliaverit, restituat rem spoliato cum duodecim denariis Lausannensibus, et advocato tantundem. Si vero non spoliaverit violenter, ad judicium advocati et burgensium emendetur, nisi fecerit ultra defensionem nostram et burgensium, quia tunc nobis et parti cuilibet in XX solidis Lausannensibus tenetur". См. Gaupp.—cit. II, p. 164.

Равнымъ образомъ и въ Аугсбургскомъ городовомъ правѣ 1104—1157 г. говорится о remedium'ѣ spolii, правда, въ довольно туманной формѣ:

§ 11 „Si aliquis Augustensium civium spoliatus fuerit extra civitatem, spoliator si civitatem intraverit, secundum urbanam justitiam in praesenti antequam exeat satisfacere debet". См. Gaupp.—cit. II, p. 199, 205.

Сравн. еще Handfeste von Freiburg, a. 1248 (Gaupp-Deutsche Stadtrechte des Mittelalters 1851 II, p. 93:

§ 54. „Quandocunque burgensis libere et sine contradictione et prohibitione juris aliquod feodum aut alodium, aut predium per annum diemque integrum possederit, nemo de cetero postea ad ipso auferre potest.

§ 55. „Si quis burgensium nostrorum aliqua feoda in suam vestituram adduxerit et habuerit, nemo burgensium ipsum de vestitura potest nec debet gravare, nec non sine jure expoliare. (ibid. § 61). Правило

Такимъ образомъ реципируя изъ римскаго права положенія о владѣніи и его защитѣ, нѣмцы одновременно заимствовали и нормы права каноническаго, съ canon. Saepe и Redintegranda во главѣ, часто прикрывая лишь такую рецепцію ссылками на римское право, какъ на источникъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ наблюдаемъ мы и здѣсь, какъ во Франціи, стремленіе, съ одной стороны, уложить новыя правила въ старыя рамки сезины, и въ то же время расширить понятіе послѣдней и отождествить со римской possessio. Въ этомъ двойственномъ направленіи развивается въ Германіи и самая защита сезины, отождествляемый теперь, по мѣрѣ возможности, съ possessio.

Иначе не могло и быть. Gewere, какъ вещное правоотношеніе весьма низменнаго и слабо очерченнаго общаго типа, не могла конкуррировать съ развитой системой римскихъ вещныхъ правъ, которыя ее замѣнили съ успѣхомъ и въ германской средневѣковой юридической жизни. Защиту же фактической стороны отношеній лицъ въ обществѣ по ихъ имуществу дали римская поссессорная система и реципированное изъ каноническаго права remedium spolii.

Обѣ эти системы защиты владѣнія перешли изъ Италіи въ Германію рядомъ, и часто смѣшиваясь взаимно. Какъ правильно указалъ Heusler (cit. S. 452), имѣнно обѣ онѣ разумѣются въ раннихъ Reformationen и Untergerichtsordnungen гдѣ говорится про «Klag wegen gewaltiger Entzetzung oder Entwernng» и про «Klag gegen dem, welcher mich in meinem Besess betrübt, irret oder verhindert».

Что касается спеціально remedium'a spolii, то рецепція этого средства защиты покойнаго воздѣйствія лица на вещь

это повторено въ § 104 Burgdorfer Handfeste 1316 года, ibid стр. 131.

§ 61—„Quicunque burgensis sit, qui aliquid in sua vestitura habuerit, nemo conjuratorum suorum ipsum gravare debet in ea, nec spoliaré absque judicio et justicia (повторено въ Burgdorfer Handfeste 1316 г. § 107).

Stadtrecht von Dattenried in Suntgau 1358 г. (Haupp—cit. II p. 181).

Cap. 23—„Nullus res suas sibi furtim ablatas vel spolio repertas alterum debet impetere, nisi judiciarie ac pro suis in judicio juramento proprio obtinere".

См. еще Laband. cit. 192—195.

совершена была въ Германіи изъ Италіи *in pleno*. При этомъ непремѣннымъ условіемъ допустимости его признавалась наличность самоуправнаго отнятія вещи у истца; но доказывать этотъ фактъ потерпѣвшій не былъ обязанъ. Онъ, предъявляя искъ свой, долженъ былъ просто лишь доказать, что ранѣе владѣлъ вещью, а теперь послѣдняя находится въ обладаніи отвѣтчика. Уже отвѣтчикъ обязанъ былъ оспаривать неосновательность претензіи истца указаніемъ на фактъ добровольнаго оставленія послѣднимъ владѣнія своей вещью («actorem sponte a possessione cecidisse»). При этомъ и въ Германіи, какъ въ Италіи, въ литературѣ предмета возбуждались тѣ же спорные вопросы изъ области примѣненія remed. spolii.

Такъ напр., здѣсь равнымъ образомъ не мало было споровъ о томъ, защищались ли путемъ Redintegranda простые держатели (detentores); причемъ большинствомъ вопросъ этотъ былъ разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ. Точно также и здѣсь было у писателей сомнѣніе въ достаточной обоснованности этого средства защиты имущественнаго status quo, особенно послѣ раскрытія подложности Исидоровыхъ декреталій—этого источника remedium'a spolii.

Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что всѣ эти сомнѣнія въ закономѣрности remedium'a ex canone Redintegranda не мѣшали процвѣтанію послѣдняго на практикѣ въ Германіи еще долгое время. Главной причиной этого было соотвѣтствіе реципированнаго средства защиты условіямъ тогдашняго быта. Смутное время религіозной борьбы 16 и 17 вѣковъ, возрожденіе въ эпоху 30 лѣтней войны господства кулачнаго права, разрушеніе собственности и процвѣтаніе насилій,— все это, какъ и въ средневѣковой Италіи, оказалось отличной почвой для примѣненія Redintegranda въ цѣляхъ охраны имущественнаго status quo, въ интересахъ земскаго мира, въ которомъ такъ нуждалось тогдашнее общество.

И дѣйствительно, мы видимъ, что въ XVI вѣкѣ этотъ искъ получилъ всѣ права гражданства на Германской почвѣ, и въ практикѣ и въ теоретической литературѣ. По крайней мѣрѣ съ нимъ встрѣчаемся мы въ цѣломъ рядѣ «Consilia»: Годена, Эвергарда jun. Шруффа. Мод. Пистора, Фихарда,

Шредера, а равно—по поводу господства его въ практикѣ Reichskammergericht'a—у Минзингера, Гильмана, Клокка Мейхснера, Гайля.[1]) Мало того, Kammergerichtsordnung содержалъ спеціальный титулъ о «gemeine schlechte Spolien» князей и вообще сувереновъ противъ ихъ подданныхъ «so nicht mit gewaltiger That, aber doch wider Recht geschehen»; откуда мы видимъ, что и самое понятіе spolium'a было расширено; причемъ подъ нимъ разумѣлись даже случаи отнятія владѣнія по административному распоряженію, безъ примѣненія vis въ собственномъ смыслѣ слова.[2])

Послѣдующее по времени, въ 17 и 18 вѣкахъ, все большее развитіе въ Германіи рецепціи нормъ римскаго права начинаетъ до извѣстной степени отражаться и на судьбѣ a. spolii—института, на который вообще правовѣрные романисты смотрѣли косо. Такъ и въ Германіи уже въ 17 вѣкѣ въ литературѣ того времени наблюдаемъ мы рядъ выпадовъ противъ этого иска, въ особенности со стороны Giphanius'a (въ 1615 г.) и Casp. Ziegler'a (въ 1674 г.)[3]). Изъ нихъ Giphanius въ своихъ нападкахъ на a. spolii ограничился впрочемъ повтореніемъ того, что было уже высказано въ этомъ отношеніи Испанцемъ Sarmiento di Mendosa[4]).

Этотъ взглядъ на a. spolii нашелъ въ Германіи тогда

---

[1]) О нихъ см. Bruns—cit. S. 374.

[2]) Bruns—cit. S. 375 См. Его-же Der ältere Besitz S. 68 fg. Delbrück—Die dinglich. Klage des deutsch. Rechts S. 147 fg., 166 fg. Meischeider—Besitz. S. 141 fg. 166 fg. Heusler—Die Gewere S. 318 fg., 452 fg.

[3]) Giphanius—Eplan. Cod. prolegom. ad lib. 8; Ziegler—Commentar. ad canon. Redintegranda.

[4]) Этотъ послѣдній (умеръ въ 1595 г.), какъ извѣстно (см. Bruns—cit. S. 348) въ своемъ Tractatus de redit. eccles. I, 4 писалъ по поводу иска изъ can. Redintegranda: „invenerunt doctores quoddam remedium ad omnes justos possessores spoliandos et inquietandos, quod remedium ex can. Redintegr. appellant".

При этомъ ссылку самую на can. Redint., какъ на основаніе этого иска, онъ называетъ „iniqua et absurda et contra legum et canonum mentem et communem sensum hominum",—„самъ толкуя этотъ can. Redint. въ томъ смыслѣ, что „Textus ille nihil speciale disponit sed generalia quaedam praecepta in eo ponuntur, sicut etiam in l. 7 D. I. 1 tria praecepta juris, ex quo textu nemo dixerit alia juris remedia esse sublata".

мало сторонниковъ. И несравненно болѣе успѣха имѣло ученіе Циглера, который, ссылаясь на первоисточникъ Redintegranda—именно на Лже-Исидоровы Декреталіи, признавалъ этотъ канонъ основаніемъ не иска, а лишь exceptio spolii.

Такое толкованіе can. Redint. было однако скоро энергично оспорено Böttticher'омъ, въ 1676 г. [1]), который указывалъ на необходимость признанія существованія a. spolii въ силу того, что она уже рядъ вѣковъ практически примѣняется въ жизни и м. б. въ достаточной степени оправдана правилами can. Red. и другими мѣстами изъ Corpus juris canonici. Подробно излагая далѣе эти мѣста источниковъ, которыми подтверждается существованіе иска изъ c. Red., Беттихеръ впервые въ Германіи называетъ его a. spolii, выясняя вмѣстѣ съ тѣмъ основныя черты и свойства послѣдней, что до него въ Германіи никѣмъ еще не было сдѣлано. Именно здѣсь онъ такимъ образомъ опредѣляетъ a. spolii:—

«Actio spolii sensu stricto est condictio ex canone, omni cuiuscunque rei possessione injuste privato competens contra ejusdem possessorem ut restituatur".

Результатомъ такого научнаго обоснованія и конструкціи a. spolii Беттихеромъ явилось то, что его ученіе объ этомъ искѣ стало на долгое время господствующимъ въ Германіи; по крайней мѣрѣ сторонниками его является рядъ писателей 17 и начала 18 вѣка [2]).

Примѣнялась ли тогда a. spolii въ отношеніи защиты *движимостей*—вопросъ этотъ юристами 17-го и 18-го вв. почти совершенно не затронутъ. До извѣстной лишь степени можно установить, что случаи примѣненія a. spolii въ защиту движимостей наблюдались тогда несравненно рѣже, чѣмъ въ защиту недвижимостей; причемъ уже съ 16 вѣка здѣсь было установлено отличіе въ условіяхъ примѣненія этого иска по движимостямъ и недвижимостямъ въ томъ отношеніи, что при движимостяхъ требовали доказательства

---

[1]) См. Bruns—cit. S. 391.

[2]) Каковы, напр., Бруннеманнъ, Лаутербахъ. Граве, Шильтеръ, Штрикъ, Струве, Бергеръ, Лейзеръ, Энгельбрехтъ, Гоппе, Тиціусъ и др. (см. Bruns—cit. S. 392).

spolium'a, тогда какъ при искахъ о недвижимости, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, довольствовались доказываніемъ факта прежняго владѣнія. Это воззрѣніе въ Германіи нашло себѣ особенно вліятельныхъ сторонниковъ въ лицѣ Фабера и Менохія [1]). Въ 18 вѣкѣ болѣе уже не проводится такого различія сообразно съ движимостью или недвижимостью, какъ объектомъ спора, такъ какъ тогда стали требовать доказательства spolium'a и при охранѣ недвижимостей (Bruns)—cit. S. 396.

Восемнадцатый вѣкъ начинается снова рѣзкой критикой противъ a. spolii, гдѣ особенно серьезное нападеніе на послѣднюю сдѣлано было Бемеромъ [2]). Признавая a. spolii за простое лишь видоизмѣненіе int de vi на основаніи C. 18 X de Rest. Spoliator., Бемеръ рѣшительнѣйшимъ образомъ ополчился противъ обычной ссылки на заведенную издавна практику какъ на доказательство въ пользу признанія a. spolii. Указывая, что практика такая не основана здѣсь ни на нормахъ права, ни на требованіяхъ справедливости, и что слѣдовательно она не имѣетъ въ свою пользу никакого достаточнаго основанія, онъ настаивалъ на необходимости признанія ея необязательной и не дающей ничего въ защиту существованія a. spolii. Вмѣстѣ съ тѣмъ однако Бемеръ значительно ослабилъ впечатлѣніе отъ своей критики a. spolii тѣмъ, что не отрицалъ окончательно нѣкоторыя новшества, взятыя изъ jus canonicum, но утверждалъ, что они на самомъ дѣлѣ реципированы изъ римскаго права. Благодаря этой ошибкѣ въ его критикѣ, на практикѣ результатомъ его нападокъ на a. spolii явилось не отрицаніе ея существованія, но лишь значительное измѣненія области примѣненія этого иска. Въ тоже время однако, какъ указалъ Брунсъ (Bruns—cit. S. 393), съ искомъ этимъ мы встрѣчаемся до конца 18 вѣка во всѣхъ учебныхъ и римскаго иска и каноническаго

---

[1]) См. Delbrück—cit. стр. 324 прим. Ясно такое различіе было установлено у Berlich—Conclusionum practicabilium sec. ordinem constitutionum d. Augusti electoris Saxoniae... discussarum liber 1644 I, 21 № 76 и 79.

[2]) Böhmer—Jus ecclesiasticum protestantium 1756 II. 13 Doctirna de actionibus II. 4 § 39, 40.

правъ, равно какъ въ разныхъ практическихъ руководствахъ для суда.

Указанныя измѣненія въ области примѣненія a. spolii отразились здѣсь прежде всего на ученіи о субъектахъ иска. Въ то время какъ истцомъ въ a. spolii господствующее мнѣніе признавало даже detentor'овъ, у которыхъ была самовольно отнята вещь [1]), значительно ограничиваются условія примѣненія иска къ отвѣтчику. Ужъ Maevius (Maevius—Decision. VIII. 383) считалъ недопустимымъ и не согласнымъ съ C. 18 X. De Rest. Spoliat. признавать отвѣтчикомъ по a. spolii всякаго держателя сполiированной вещи, особенно же ея добросовѣстныхъ владѣльцевъ [2]).

Въ результатѣ къ концу 18 вѣка судебная практика, подъ вліяніемъ ставшаго тогда господствующимъ мнѣнія, ограничила согласно C. 18 X. de Rest. Spol. отвѣтственность третьихъ лицъ—не споліаторовъ случаями, когда они пріобрѣтали сполiированную вещь, зная о spolium'ѣ.

Самое spolium, какъ основаніе иска, продолжаетъ толковаться lato sensu, т. е. не только какъ vis atrox римскихъ интердиктовъ, но какъ самоуправство вообще, какъ бы оно не проявлялось. Даже Böhmer въ своемъ Jus ecclesiasticum protestantium 1756 т. I, 2, 13 § 1, опредѣлялъ его какъ «quaecumque iniqua privatio possessionis alterius», утверждая лишь, что такое распространеніе допущено было уже римскимъ правомъ. Равно Hellfeld—Jurisprudentia forensis 1692 § 1852 называетъ spolium—«quodvis illicitum factum, quod possessionem rei vel juris cujuscunque aufert» (Ср. еще Delbrück—

---

[1]) Такого мнѣнія были между прочимъ Böttticher, Stryck, Berger, Struve, Leyser, Wernher, Heineccius, Hommel, Schmidt, Fleck, Thibaut, и др. См. Bruns—cit S. 394.

[2]) Позднѣе тотъ же взглядъ высказанъ былъ (въ началѣ 18 вѣка) со стороны Coccеii, Böhmer'a, Cramer'a см. Bruns—cit. S. 394. Теоретическими противниками распространенія примѣненія a. spolii противъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ сполiированной вещи какъ отвѣтчиковъ въ искѣ, являются кромѣ указанныхъ здѣсь Брунсомъ—cit. § 394, еще Brunnemann—Commentarius in Pandectos 1731 г.—Commentar. ad L. 7 Dig. 43, 16: Leyser-Meditationes ad Pandectas 1772 Sp. 505 т. I, котораго Meischeider—cit. S. 166 fg. не вѣрно считаетъ сторонникомъ стараго воззрѣнія.

cit. S. 314). Какъ отмѣчаетъ Брунсъ (cit. стр. 395), въ этой области оставался не рѣшеннымъ вопросъ, имѣла ли мѣсто a. spolii въ случаяхъ принужденія, обмана и другихъ случаяхъ отнятія владѣнія при посредствѣ собственной воли прежняго владѣльца. Въ этой области—полное разногласіе среди юристовъ разсматриваемаго времени. Большинство ихъ выражается такъ неопредѣленно и нерѣшительно по этому вопросу, что, очевидно, и для нихъ самихъ была неясна a. spolii съ этой ея стороны.

Расширеніе области примѣненія разсматриваемаго нами иска въ 18 в. наблюдается въ томъ отношеніи, что нѣкоторые писатели (см. Bruns—cit. S. 396) стали признавать a. spolii допустимой не только въ случаѣ отнятія вещи, но равно и при нарушеніи существующаго (и продолжающагося послѣ spolium'a) владѣнія. Впрочемъ такое мнѣніе никогда не было господствующимъ.

Въ области доказыванія наблюдаемъ мы, что теперь совершенно исчезаетъ презумпція споліума. Вмѣстѣ съ тѣмъ наблюдаемъ мы довольно обширное распространеніе допустимости примѣненія противъ a. spolii exceptio dominii, что развилось еще въ 17 вѣкѣ. Уже тогда нѣкоторые писатели (напр., Ripa—Comment. in 1 12 § 1 De poss. № 73, 74, 97) допускали эту exceptio въ тѣхъ случаяхъ, когда spoliatio совершалась не vi, но clam или посредствомъ vis compulsiva. При vis dejectiva эта exceptio не примѣнялась по общему правилу; однако изъ послѣдняго было сдѣлано столько исключеній, что самое правило, можно сказать, оказалось близкимъ сдѣлаться исключеніемъ. Zasius серьезно жалуется на такое „mutilatio istius gloriosi privilegii“ (Comment. cit. № 52).

Постепенно вырабатывается правило, по которому exc. dominii признается допустимой: а) если безспорно извѣстно или выяснилось путемъ сознанія виновнаго или документально, что истецъ въ a. spolii не имѣетъ никакихъ правъ на споліированное имущество. При этомъ exc. dominii давалась противъ manifestus praedo даже въ томъ случаѣ, когда онъ ex intervallo былъ признанъ собственникомъ б) Exc. dominii допускалась, когда того требовали соображенія обще-

ственнаго интереса, напр., въ случаяхъ, когда возстановленіе владѣнія, не смотря на exc. dominii со стороны споліатора, могло бы возбудить негодованіе общества. Примѣромъ здѣсь Zasius приводитъ случай, когда требованію отца—еврея представившаго remedium ex can. Redintegranda чтобы вытребовать къ себѣ своего сына захваченнаго у него христіанами и крещеннаго ими,—была противопоставлена exceptio dominii Jesu Christi propter evitandum scandalum, ne fidei illudatur (Zasius—cit. № 60 sq.). в) Эта exceptio допускалась въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдствіемъ передачи вещи споліату во владѣніе, не смотря на *право* владѣть противной стороны, явилось бы причиненіе непоправимаго убытка. Примѣромъ здѣсь выставляли обыкновенно случай restitutionis крѣпости или укрѣпленнаго замка, т. е. признавали при этомъ, что выполненіе приговора противъ споліанта, а позднѣе выполненіе приговора въ пользу послѣдняго послѣ выигрыша имъ иска въ порядкѣ петиторномъ, повлекло бы за собой много трудовъ и крупныхъ издержекъ [1]).

Старое критическое отношеніе къ a. spolii. проявившееся еще у Bellamera, Sarmiento. Böhmer, нашло себѣ въ началѣ 19 вѣка могущественнаго сторонника въ лицѣ Савиньи. Этотъ корифей юридической литературы, будучи убѣжденнымъ романистомъ, не могъ не смотрѣть враждебно на новое неизвѣстное римскому праву средство защиты, возникшее на практикѣ подъ именемъ remedium'a spolii, actio spolii. (См. выше стр. 172 сл.).

Занявшись спеціально вопросомъ о выясненіи юридической природы владѣнія, Савиньи пришелъ къ полному отрицанію a. spolii, признавая can. Redintegranda основаніемъ

---

[1]) Ripa—Comment. in l. 12 № 70; Menochius—De recuperandae possessionis remediis I № 215 sq.; Frieder—De interdictis XXVIII № 49; Strykius—Usus modernus Pandectarum lib. 43, tit. 16 § 2; Leyser (умеръ 1752 г.)—Meditationes ad Pandectas sp. 504 № 10, 11 хотя и утверждалъ что споліатъ долженъ быть возстановленъ даже въ томъ случаѣ, когда право споліатора на владѣніе вполнѣ очевидно; однако и онъ допускалъ exc. dominii въ тѣхъ случаяхъ, когда это требовалось по соображеніямъ общественнаго блага (salus rei publicae). Zasius—cit. См. Meischeider—cit. S 178.

простой exceptio и указывая, что C. 18 X de Rest spol. (can. Saepe contingit) прѣдставляетъ собою не что иное, какъ нѣкоторое измѣненіе въ практическихъ условіяхъ примѣненія int. unde Vi. Особенно же онъ, подобно Бемеру, ополчился на практику, какъ на источникъ возникновенія a. spolii, считая таковую простымъ злоупотребленіемъ, противъ котораго юристамъ должно бороться всѣми силами.

Авторитетъ Савиньи привлекъ много сторонниковъ означеннаго его мнѣнія. Правда, еще первое время раздавались голоса въ литературѣ въ защиту a. spolii [1]) и ее продолжали помѣщать въ учебникахъ римскаго права [2]). Но съ 20-хъ годовъ прошлаго вѣка „романизація", такъ сказать a. spolii и признаніе ея развитымъ въ канонич. правѣ Unde Vi была принята почти всѣми юристами теоретиками, и въ такомъ видѣ внесена во всѣ почти учебники римскаго права и въ другія спеціальныя сочиненія и статьи (см. Bruns—cit. S 418),

Слѣдуетъ замѣтить впрочемъ, что это стремленіе позднѣйшихъ писателей-теоретиковъ уничтожить самый институтъ a. spolii, замѣнивъ его ученіемъ о рецепціи римскаго int. unde vi, съ нѣкоторыми измѣненіями и добавленіями въ его юридической природѣ,—оказало слабое вліяніе на законодательство и судебную практику [3]), въ которыхъ по прежнему мы замѣчаемъ ясно выраженную въ цѣломъ рядѣ случаевъ примѣненія иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, рядомъ съ нормами римскаго права, рецепцію правилъ канонической a. spolii, правда, не въ чистомъ ея видѣ, а со значительными видоизмѣненіями. Послѣднихъ, и должно было ожидать, въ виду колосально измѣнившихся условій жизни въ современномъ западно-европейскомъ обществѣ, гдѣ спокойное обладаніе индивида его благами яв-

---

[1]) Напр. Thibaut—Pandecten § 230; Gönner—Handbuch des Process. B. IV, S 398.

[2]) Напр. въ учебникахъ Гюнтера, Гуфеланда, Швеппе, Вебера; см. Bruns—cit. S 418.

[3]) См. Bruns—cit. S. 418; Bruns—Die Resitzklagen... S. 226 fg. Randa—Der Besitz nach Oest. Rechte IV Aufl. 1895 S. 287 fg. и др.

ляется несравненно болѣе упроченнымъ, вслѣдствіе укрѣпившихся началъ общественности, уваженія къ ближнему и его интересамъ и стремленія всего общества, не только власти, къ поддержанію и охранѣ земскаго мира. При такомъ положеніи вещей, очевидно, a priori, что крайности въ правилахъ a. spolii, введенныя для охраны споліатовъ исключительно въ силу господства въ средніе вѣка кулачнаго права, благодаря которымъ искъ этотъ, по выраженію Дельбрюка, дѣйствительно временами являлся покровителемъ и охранителемъ воровъ и насильниковъ, теперь при болѣе культурныхъ условіяхъ жизни, неизбѣжно за ненадобностью прекратили свое существованіе. Однако *ядро*, основныя начала a. spolii, продолжаютъ свое бытіе и до сихъ поръ въ законодательствахъ Запада. Конечно, самое наименованіе a. spolii теперь уже не существуетъ; но и съ перемѣной имени, въ новой оболочкѣ, такъ сказать, мы всюду встрѣчаемся со старымъ знакомымъ, наружность котораго, правда, во многомъ измѣнилась, но внутреннія черты и свойства остались прежними [1]).

Обращаясь къ болѣе старому по времени изъ дѣйствующихъ нѣмецкихъ законодательствъ, именно къ *Австрійскому гражданскому кодексу*, мы во многомъ находимъ подтвержденіе сказанному. Здѣсь по поводу иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ § 346 G. B. говорится, что если кто будетъ лишенъ владѣнія вещью или правомъ самовольно (вопреки праву), онъ можетъ возбудить искъ о возстановленіи прежняго состоянія (въ особенности о возвращеніи вещи) и возмѣщеніи убытковъ противъ того, кто отнялъ вещь такимъ образомъ.

Изъ этого постановленія § 346 G. B. мы видимъ прежде всего, что такая защита признается здѣсь допустимой

[1]) Справедливо замѣтилъ въ этомъ отношеніи Bruns—Die Besitzklagen... S. 223, что «die Spolienklage war in ihrem Ursprunge bei Pseudo-Isidor rein possessorisch und diesen Charakter hat sie auch in ihrer ersten Gestaltung in der kanonischen Theorie beibehalten; später wurden zwar petitorische Elemente hereingezogen, aber in unklarer und stets schwankender Weise, und zuletzt sind diese wieder ausgestossen und die Klage ist wieder auf das possessorische Gebiet beschränkt".

какъ въ отношеніи движимыхъ и недвижимыхъ вещей, такъ равно и правъ—правило хорошо знакомое намъ изъ ученія объ a. spolii. Дается искъ этотъ въ защиту владѣльца, а не всякаго держателя. Владѣльцами же здѣсь признаются только лица, обладающія вещами cum animo domini; такимъ образомъ закладопринимателя, ссудобрателя, арендаторы и т. п. закономъ не признаются владѣльцами. [1]) Вмѣстѣ съ тѣмъ однако законъ же признаетъ очень обширную область владѣнія правами, въ томъ числѣ и правами обязательственными; напр. правомъ по арендѣ, найму, ссудѣ и т. п. [2]) По крайней мѣры согласно тексту § 311 B. G. объектомъ владѣнія могутъ быть всѣ тѣлесныя и безтѣлесныя вещи, являющіяся предметами правового оборота [3]). Благодаря этому правилу, наниматели, ссудобрателя, хранители и т. п. лица получаютъ здѣсь владѣльческую защиту, какъ владѣльцы того или иного права, т. е. въ концѣ концовъ, хотя и косвенно, признаются охраняемыми владѣльческими исками, такъ же какъ и владѣльцы cum animo domini [4]).

Подъ отнятіемъ владѣнія понимается здѣсь такая дѣятельность лица, благодаря которой, владѣлецъ лишается своего держанія (detentio) вещи. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не наблюдается такого лишенія лица возможности фактически воздѣйствовать на предметъ, тамъ не имѣетъ мѣста и разсматриваемый искъ, который данъ по мысли закона именно лишь для случаевъ самовольнаго физическаго лишенія владѣнія [5]).

---

[1]) § 309 B. G.:—„Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heisst ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die senige zu behalten, so ist er Besizter". См. Randa—Der Besitz nach Oester. Rechte 1895. § 1 S. 29, 30; Meischeider—cit § 23, S. 126; Stubenrauch.—Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Juni 1811 B. I. 1854 S. 630 fg. Bruns—cit. S. 456 fg.

[2]) См. Randa—cit. §. 24 S. 654 fg.

[3]) § 311 „Alle körperliche und unkörperliche Sachen, Welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden".

[4]) См. Randa—cit. S. 178 fg. Вопросъ впрочемъ споренъ. См. Kirchstetter—Maitisch—Commentar zum Oest. Allgem. bürgerl. Gesetzbuch 3 Aufl. 1876 S. 183.

[5]) Randa—cit. S. 290 fg.

Такимъ образомъ не будетъ лишенія владѣнія въ понимаемомъ здѣсь смыслѣ, когда ссудополучатель или арендаторъ откажутся выдать хозяину его вещи, потому что не м. б. и рѣчи о неправомѣрномъ отнятіи владѣнія въ томъ случаѣ, когда самый предметъ еще ранѣе переданъ былъ его хозяиномъ добровольно во владѣніе или держаніе теперешнему его обладателю.

Искъ самый дозволенъ лишь противъ споліатора или его универсальнаго преемника, но не противъ третьяго пріобрѣтателя вещи, хотя бы даже послѣдній зналъ въ моментъ своего пріобрѣтенія о споліумѣ, совершенномъ лицомъ, отъ котораго онъ, такой 3-й пріобрѣтатель, получилъ предметъ. Это правило Австрійскаго права отмѣнило такимъ образомъ c. 8 X. de restit. spol. 2, 13, гдѣ отвѣтственность за spolium распространялась, до извѣстной степени, и на третьихъ лицъ.

Что касается самого понятія «насильственнаго отнятія» вещи (spolium), какъ условія примѣненія разсматриваемаго иска, то по справедливому указанію Randa (cit. S. 295 fg.), согласно спеціально изданному съ этой цѣлью императорскому указу 27 октября 1849 г., подъ spolium'омъ должно понимать всякое *неправомѣрное* отнятіе владѣнія; какъ говоритъ § 2 этого указа: „Wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt oder wenn er dieses Besitzes widerrechtlich entsetzt worden, hat derselbe... die richterliche Hilfe anzusuchen». Изъ яснаго смысла §§ 339, 345, 346, 347, 851 G. B., на которые ссылается приведенный § 2 указа 1849 года, подъ widerrechtliche Besitzentsetzung неизбѣжно по смыслу § 339 G. B. должно понимать всякое самовольное отнятіе владѣнія («eigenmächtige Besitzentsetzung»).

При такомъ положеніи вещей очевидно, что самовольное отнятіе владѣнія (dejectio) можетъ быть совершено лицомъ какъ bona, такъ и mala fide—безразлично. Напримѣръ, если захватчикъ того мнѣнія, что захватываемый имъ участокъ или движимость брошены собственникомъ, или вообще являются безхозяйными вещами, то онъ, очевидно, пріобрѣтаетъ при этомъ владѣніе bona fide (ср. § 326 G. B.); но съ объективной точки зрѣнія захватъ владѣнія остается во всякомъ случаѣ здѣсь самовольнымъ—неправомѣрнымъ,

и. ч. при этомъ существовавшее до того момента владѣльческое состояніе нарушено *противъ воли* на то владѣльца.

Если же такъ, то выходитъ, что mala fides захватчика не требуется по австрійскому праву, какъ essentialia допустимости разсматриваемаго иска [1]), и слѣдовательно, нѣтъ основаній говорить о деликтной природѣ этого иска. Другими словами, въ австрійскомъ искѣ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія не признается наличность деликта необходимымъ условіемъ его примѣненія, и слѣдовательно искъ этотъ не является искомъ деликтнымъ, но именно искомъ лишь владѣльческимъ [2]).

Что касается возраженій въ владѣльческихъ искахъ, то должно отмѣтить, что здѣсь допустимы лишь тѣ возраженія, кои относятся къ владѣнію или его нарушенію. Всѣ же петиторныя возраженія, особенно же касательно права на владѣніе, совершенно не допускаются. [3])

Изъ возраженій поссессорныхъ допускается по австрійскому праву здѣсь между прочимъ возраженіе, что истецъ самъ неправомѣрно пріобрѣлъ владѣніе вещью отъ противника (exceptio vitiosae possessionis ab adversario § 345 G. B.). Это возраженіе, заимствованное изъ римскаго права, гдѣ примѣнялось по юстиніанову праву лишь при interdicta retinendae possessionis, а не при interd. unde vi [4]),

---

[1]) Contra ученіе романистовъ объ int. unde vi. Ср. напр., Ihering—Grund des Besitzschutzes S. 17.

[2]) Ср. Randa—cit S. 296 слѣд. примѣры изъ австр. судебн. практики. S. 298.

[3]) § 346 первая половина; § 347 2-я часть. Ср. § 5 Императорскаго указа отъ 27 октября 1849 г.;—«Der Richter hat von Amtswegen sich gegenwärtig zu halten... dass es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstandes und der erfolgten Störung ankomme... Wer einen Besitz erst erwerben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend machen will., muss den ordentlichen Rechtsweg betreten, in welchem auch die Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes und die Entschädigungsansprüche zu behandeln sind, wenn diese letzteren nicht freiwillig anerkannt werden (§§ 320, 335, 339, 372, 373 und 374 A. b. G. B.) (См. Randa cit. S. 331 Anm. 30).

[4]) Ср. § 5, 6. Inst. De interd. 4. 15.

чуждо каноническому праву, въ которомъ господствовалъ основной принципъ—spoliatus ante omnia restituendus. Правиломъ такимъ—о допущеніи exceptio vitiosae possessionis, другими словами Австрійское право дѣлаетъ шагъ назадъ сравнительно съ каноническимъ правомъ, дозволяя вмѣстѣ съ тѣмъ самоуправство, къ тому же самоуправство даже не in continenti, въ отношеніяхъ между частными лицами, что не д. б. терпимо въ культурномъ обществѣ.

Погашаются иски владѣльческіе лишь 30 лѣтней давностью (§ 1479 G. B.)

Резюмируя сказанное, мы отмѣтимъ слѣдующее: Австрійское право даетъ защиту владѣнія противъ случаевъ всякаго самовольнаго, т. е. противъ воли владѣльца послѣдовавшаго нарушенія и отнятія владѣнія, и при томъ именно лишь такого отнятія владѣнія. Защита самая дается при всякомъ владѣніи безъ обращенія вниманія на объектъ послѣдняго (движимость, недвижимость, права), не ограничивается опредѣленными формами нарушенія, и не предполагаетъ непремѣнно вину (деликтъ) споліатора. При этомъ подъ «вторженіемъ» (Eindringen) во владѣніе слѣдуетъ понимать всякаго рода самовольный захватъ владѣнія. Нѣтъ возможности говорить о такомъ лишеніи владѣнія въ томъ случаѣ, когда вещь вышла изъ рукъ владѣльца по его на то волѣ, передана имъ другому, хотя бы даже передача такая не влекла бы за собою пріобрѣтенія правъ для получателя, напр., потому что вызвана dolo, или угрозой (§§ 870—876 G. B.). По тому же соображенію искъ этотъ не дается хозяину имущества, передавшему послѣднее въ пользованіе арендатору, ссудобрателю, посклажепринимателю или закладобрателю, противъ этихъ лицъ, даже послѣ истеченія срока или условій пользованія послѣднихъ вещью. Exceptio dominii не допускается; но exc. vitiosae possessionis ab adversario получила права гражданства въ процессѣ.

Мы видимъ такимъ образомъ, что владѣльческая защита въ дѣйствующемъ Австрійскомъ правѣ создана на началахъ, такъ сказать, смѣшаннаго типа, именно, римско-каноническихъ; причемъ однако наблюдается несравненно большая рецепція нормъ права каноническаго, установленныхъ для

a. spolii. Заимствованія эти такъ обширны, что, не смотря на нѣкоторыя романистическія добавки и измѣненія, Австрійскій искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія стоитъ въ самой интимной связи со своимъ каноническимъ прототипомъ.

Новое *Германское гражданское уложеніе,* исходя изъ той мысли, какъ это указано въ объяснительной запискѣ къ его проэкту [1]), что защита владѣнія имѣетъ своимъ назначеніемъ «обезпечивать общественный миръ охраной внѣшняго господства лица надъ вещью» [2]), въ § 861 постановляетъ: „если владѣніе отнято путемъ запрещеннаго самоуправства у владѣльца, то этотъ послѣдній можетъ требовать возвращенія владѣнія отъ того, кто владѣетъ порочно по отношеніи къ нему. Этотъ искъ исключается, если владѣніе истца или его предшественника по отношеніи къ отвѣтчику было порочно и было пріобрѣтено въ теченіи одного года назадъ".

Такимъ образомъ мы видимъ, что здѣсь въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія истцомъ можетъ быть только владѣлецъ, потерпѣвшій spoliatio. При этомъ слѣдуетъ однако помнить, что Германское уложеніе чрезвычайно широко толкуетъ самое понятіе владѣнія, „предоставляя поссессорную защиту"—какъ говоритъ Denkschrift,—„безъ различія, покоится-ли владѣніе на какомъ-либо вещномъ или обязательственномъ правѣ, располагаетъ-ли владѣлецъ вещью, какъ ему принадлежащей, или нѣтъ". Владѣніемъ здѣсь называется фактическая власть лица надъ вещью. [3]) «Какой-либо воли, направленной на пріобрѣтеніе владѣнія» говоритъ Denkschrift,—«проектъ (т. е. В. G. B.) не требуетъ. Необходимо принимать во вниманіе и такіе случаи, гдѣ вещь попала въ область внѣшняго господства лица при такихъ

---

[1]) Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896 S. 109.

[2]) „Den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äusseren Herrschaftsverhältnisse der Person zur Sache zu bewahren".

[3]) См. § 854 B. G. B. „Владѣніе вещью пріобрѣтается установленіемъ фактической власти надъ нею"; § 856 —„Владѣніе прекращается, если владѣлецъ оставляетъ фактическую власть надъ вещью или теряетъ ее какимъ-либо инымъ способомъ".

условіяхъ, когда объ animus possidendi не м. б. и рѣчи, но однако имѣется потребность въ защитѣ. Въ особенности это касается лицъ, неспособныхъ изъявлять волю (дѣти, душевно-больные), которыя въ противномъ случаѣ оказались бы неспособными пріобрѣтать владѣніе".

Мы видимъ, другими словами, что такое понятіе владѣльца почти цѣликомъ обнимаетъ собою и держателей каноническаго и римскаго правъ. Закладопринимателя, арендаторы, нанимателя, ссудобрателя, поклажепринимателя и т. п. лица—все это владѣльцы по Германскому уложенію, и при томъ владѣльцы въ самомъ полномъ и точномъ значеніи слова [1]). Мало того, Германское уложеніе признаетъ двойственность активныхъ субъектовъ поссессорнаго иска. Какъ говоритъ § 868—„Если кто владѣетъ вещью какъ пользовладѣлецъ, закладобратель, арендаторъ, хранитель или на иномъ подобномъ правоотношеніи, на основаніи котораго онъ является управомоченнымъ передъ другимъ лицомъ, или обязаннымъ владѣть въ теченіи извѣстнаго времени, то въ такихъ случаяхъ и это лицо есть также владѣлецъ (посредственное владѣніе)".

Такимъ образомъ уложеніе допускаетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, двухъ владѣльцевъ по одной и той же вещи, именно a) владѣльца посредственнаго—т. е. собственника вещи, передавшаго послѣднюю во временное фактическое обладаніе другому (напр., пожизненному владѣльцу, арендатору и т. д.), и b) владѣльца непосредственнаго, т. е. лицо, въ чьемъ непосредственномъ фактическомъ обладаніи находится данная вещь. Эта группировка впрочемъ допускаетъ рядъ модификацій. Прежде всего и непосредственный владѣлецъ, напр., арендаторъ, можетъ отъ себя сдать вещь во владѣніе другому лицу (подъаренда), и въ такомъ случаѣ самъ становится, рядомъ съ хозяиномъ, тоже посредственнымъ

[1]) См. Dernburg—Des bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens III, § 11 S. 42, 43 Endemann—Einführung in das Studium des B. G. B. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Th. I, § 29 S. 116. Kniep —Der Besitz des B. G. B. 1900 S. 2. 6. Покровскій.—Основные вопросы владѣнія въ новомъ Герм. Уложеніи. Вѣстн. Права 1899 I, 97,

владѣльцемъ. [1]) Такимъ образомъ посредственное владѣніе не связано неразрывно ни съ собственностью, ни съ волей владѣть вещью, какъ собственной. [2]) Въ то же время возможна одновременная наличность нѣсколькихъ непосредственныхъ владѣльцевъ по одной и той же вещи, именно когда каждый владѣетъ частью одной и той же вещи. [3])

Рядомъ съ посредственнымъ и непосредственнымъ владѣльцами, Герм. гражд. уложеніе знаетъ впрочемъ еще группу лицъ, которыхъ не признаетъ владѣльцами, хотя бы даже въ рукахъ ихъ находились извѣстныя вещи. Именно, согласно § 855, если кто-либо осуществляетъ фактическое господство надъ вещью для другого лица въ его домашнемъ хозяйствѣ или въ его предпріятіи, или въ какомъ-либо подобномъ положеніи, благодаря, которому онъ долженъ слѣдовать указаніямъ этого другого лица относительно вещи, то владѣльцемъ является только это другое лицо. [4])

Кромѣ такихъ хозяйскихъ „длинныхъ рукъ“, являющихся какъ бы орудіями въ его хозяйственной сферѣ, всѣ остальные владѣльцы, и посредственные, и непосредственные, имѣютъ право на владѣльческую защиту. Здѣсь однако бо́льшее предпочтеніе и лучшую охрану уложеніе даетъ непосредственнымъ владѣльцамъ. Какъ видно изъ §§ 859, 861 и 862 В. G. B., непосредственный владѣлецъ, если толь-

---

[1]) § 871—„Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer“.

[2]) Eigenbesitz § 872 B. G. B. Ср. Strohal—въ Iherings Iahrb. B. 38. S. 28.

[3]) § 865—„Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt“.

[4]) Впрочемъ Эндеманнъ (Endemann—Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 8 Ausg 1905. B. III S. 224) замѣчаетъ, что въ отношеніи къ третьимъ лицамъ такой держатель, представляется какъ бы посредственнымъ владѣльцемъ, въ силу презумціи владѣнія за держателемъ вещи.

ко не былъ самъ виновнымъ передъ отвѣтчикомъ въ нарушеніи или отнятіи владѣнія, имѣетъ право силой отражать силу и возвращать отнятое; онъ можетъ требовать и судебной защиты владѣнія. Что же касается владѣльца посредственнаго, то изъ смысла § 869 ясно видна его лишь вспомогательная, дополнительная, такъ сказать, роль при непосредственномъ владѣльцѣ въ дѣлѣ защиты владѣнія. Какъ гласитъ въ этомъ отношеніи § 869—если противъ владѣльца совершено недозволенное самоуправство, то указанные въ §§ 861 и 862 иски принадлежатъ и посредственному владѣльцу. Въ случаѣ отнятія владѣнія посредственный владѣлецъ можетъ требовать возстановленія владѣнія прежнему непосредственному владѣльцу; если же этотъ послѣдній *не можетъ или не хочетъ* снова получить владѣніе, то тогда посредственный владѣлецъ можетъ потребовать эту вещь въ свое непосредственное владѣніе.

Такимъ образомъ, самостоятельную роль истца въ процессѣ посредственный владѣлецъ начинаетъ играть и можетъ требовать выдачи вещи отъ споліатора себѣ во владѣніе въ томъ лишь случаѣ, когда непосредственный владѣлецъ, утратившій вещь, *не можетъ* или *не хочетъ* искаться т. е. другими словами, когда вещь эта безповоротно выходитъ изъ сферы его хозяйства. Такое отношеніе непосредственнаго владѣльца, т. е. прекращеніе его хозяйственнаго попеченія о *чужой* вещи, врученной ему не для растраты, а для раціональнаго и временнаго лишь пользованія или храненія, законъ очевидно считаетъ равносильнымъ его отказу отъ послѣдней, отъ своего владѣнія ею; съ какого момента и объектъ поворачивается въ фактическое владѣніе посредственнаго владѣльца. Послѣдній разсматривается уже закономъ, съ момента такого отказа отъ вещи ея прежняго непосредственнаго владѣльца, самъ владѣльцемъ непосредственнымъ, причемъ ему, какъ таковому именно, уже и дается право на самостоятельный владѣльческій искъ.

Другое ограниченіе посредственныхъ владѣльцевъ въ правѣ на владѣльческій искъ, сравнительно съ владѣльцами непосредственными, заключается въ томъ, что они не мо-

гутъ защищаться противъ непосредственнаго владѣльца. [1])

Даются владѣльческіе иски по B. G. B. въ защиту владѣнія какъ движимостями, такъ и недвижимостями. Относительно владѣнія правами вопросъ остается въ общемъ довольно спорнымъ. Дѣло въ томъ, что редакторы уложенія принципіально устранили изъ отдѣла о владѣніи понятіе владѣнія правомъ, придя къ тому выводу, что новая постановка по B. G. B. вопроса владѣнія, съ крайнимъ расширеніемъ понятія послѣдняго, повлекла за собой послѣдствіемъ, что цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ римское право видѣло juris quasi possessio, признается въ B. G. B. владѣніемъ непосредственно вещью, (напр., владѣніе пожизненнаго пользователя, наслѣдственнаго арендатора и т. п.). Въ результатѣ, редакторы нашли только два случая владѣнія правами, гдѣ и допустили владѣльческую защиту (§ 1029 B. G. B.), именно владѣніе предіальными и личными ограниченными сервитутами. [2]).

Какъ видно изъ § 860, владѣльческая защита по уложенію дается лишь въ случаѣ нарушенія владѣнія путемъ запрещеннаго самоуправства (verbotene Eigenmacht). Подъ этимъ послѣднимъ § 858 понимаетъ всякое дѣйствіе лица, благодаря которому, владѣлецъ безъ своей воли на то лишается возможности или стѣсняется въ осуществленіи фактическаго господства надъ вещью. Если самое дѣйствіе это по исключенію является дозволеннымъ по закону, оно не почитается самоуправнымъ. [3]) Самоуправство почитается

---

[1]) Randa—Der Besitz Vorwort zu 4 Ausg. S. VIII; Dernburg—Das bürgerl. Recht III, 23 S. 71, 72; Strohal—Der Sachbesitz—въ Iherings Iahb. B. 38. S 48 fg; Endemann Einführung B. II. Th. 1, § 32. S. 127, 128. Gierke—Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7, напротивъ, желаетъ уравнять положеніе владѣльцевъ обоего рода, и даетъ владѣльческую защиту посредственному владѣльцу и противъ непосредственнаго, утверждая, что каждая норма закона, говорящая вообще о владѣніи, д. б. распространяема и на посредственное владѣніе. Того-же взгляда держится Gärtner —Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht 1901. S. 151, 153 fg., ссылаясь на исторію и текстъ § 858. Мнѣніе это однако много сторонниковъ себѣ не нашло.

[2]) См. Покровскій—cit. стр. 95.

[3]) См. Planck—cit. B. III, Lief. I. S. 43.

совершеннымъ безъ воли на то лица не только въ томъ случаѣ, когда оно возражаетъ противъ него, но и тогда, когда оно просто не изъявляетъ своего на то согласія. Рѣшающей при этомъ является воля непосредственнаго владѣльца. Совершаетъ же самоуправство субъектъ bona или mala fide, это не вліяетъ на самое понятіе самоуправства, какъ нарушенія владѣнія.

Предъявляя искъ, истецъ долженъ при этомъ доказывать лишь фактъ отнятія владѣнія безъ его на то воли, откуда уже выводится презумпція самоуправства отвѣтчика и слѣдовательно порочности его владѣнія (§ 858 Abs. 2). Другими словами, и по гражд. уложенію болѣе раннее владѣніе признается законнымъ; владѣніе же въ моментъ предъявленія иска законодатель подозрѣваетъ въ порочности, доколѣ противное владѣльцемъ не будетъ доказано.

Отвѣтчикомъ въ разсматриваемыхъ искахъ является самъ споліаторъ, его наслѣдники или третій пріобрѣтатель, spolii conscius. Какъ указываетъ въ этомъ отношеніи вторая половина § 858, владѣніе, пріобрѣтенное путемъ недозволеннаго самоуправства, называется порочнымъ. Порочность владѣнія вредитъ преемнику во владѣніи, когда онъ является наслѣдникомъ владѣльца или зналъ въ моментъ пріобрѣтенія о порочности владѣнія своего предшественника [1]).

Мы видимъ такимъ образомъ здѣсь повтореніе тѣхъ же правилъ о пассивной легитимаціи въ поссессорныхъ искахъ, какія были установлены въ каноническомъ правѣ по Can. Saepe contingit, гдѣ равнымъ образомъ исключалась возможность предъявленія remed. spolii противъ третьихъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей (см. выше стр. 157).

Отвѣтчикомъ въ процессѣ можетъ оказаться и самъ посредственный владѣлецъ, въ случаѣ нарушенія имъ владѣнія владѣльца непосредственнаго. Создавая свою поссессорную защиту въ интересахъ именно непосредственнаго

---

[1]) § 858 2 Abs.—„Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft. Die Fehlerhaftigkeit muss der Nachfolger im Besitz gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist, oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt".

владѣльца, гражд. уложеніе сурово относится къ попыткамъ нарушенія его спокойнаго фактическаго воздѣйствія на вещь: со стороны кого бы то ни было онѣ ни проявлялись—все равно, этими дѣйствіями нарушалась бы основная идея защиты владѣнія, какъ она намѣчена редакторами уложенія („den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äusseren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren“). Потому то В. G. B. своимъ § 859 предоставило непосредственному владѣльцу право самозащиты противъ всѣхъ, въ томъ числѣ и противъ хозяина вещи или вообще посредственнаго владѣльца, рѣзко повернувъ въ этомъ отношеніи отъ правилъ Римскаго права. Если въ Римѣ, говоритъ Dernburg (cit. S. 71—72), хозяинъ могъ во всякое время выгнать арендатора или квартиранта, то теперь—какъ разъ наоборотъ: арендаторъ и квартирантъ могутъ собственной силой прогнать хозяина, если бы онъ пожелалъ войти въ домъ, напр., съ цѣлью осмотра квартиры для ремонта или съ цѣлью показать квартиру новымъ нанимателямъ и даже въ томъ случаѣ, если бы въ самомъ контрактѣ былъ подобный доступъ предусмотрѣнъ, такъ какъ контрактъ имѣетъ значеніе для petitorium'a, а не для possessorium'a. Другими словами, какъ вѣрно отмѣтилъ Ранда, по В. G. B. хозяинъ оказывается поссессорно беззащитнымъ передъ непосредственнымъ владѣльцемъ. [1])

Вмѣстѣ съ тѣмъ изъ указанныхъ лицъ только тотъ можетъ быть отвѣтчикомъ, кто дѣйствительно владѣлъ вещью въ моментъ предъявленія къ нему владѣльческаго иска; если же вещь имъ будетъ отчуждена въ третьи руки, или покинута, онъ уже не м. б. отвѣтчикомъ въ такомъ искѣ. [2]). Другими словами, содержаніемъ своимъ разсматриваемый искъ направляется по В. G. B. всегда на возстановленіе нарушеннаго владѣнія, и никогда на возмѣщеніе убытковъ, такъ какъ деликтная точка зрѣнія на этотъ искъ совершенно чужда германскому уложенію. [3]) Этимъ и объяс-

---

[1]) Randa—cit. Vorwort zu 4 Ausg. См. Покровскій—cit. стр. 103.
[2]) См. Motive III. S. 124. Planck—cit. III, I Lief. S. 48.
[3]) Motive—III. S. 119, 124.

няется, почему отвѣтчикомъ по иску здѣсь не м. б. споліаторъ, его наслѣдникъ или malae fidei possessor, переставшіе фактически господствовать надъ вещью. Впрочемъ, согласно § 260 Civilprocessordnung, представляется вполнѣ возможнымъ и допустимымъ соединеніе иска объ убыткахъ съ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. [1])

Примѣненіе владѣльческихъ исковъ ограничивается по B. G. B. двумя условіями; во 1-хъ, требуется, чтобы искъ начинался не позднѣе года, считая со дня самоуправнаго отнятія владѣнія [2]). Во вторыхъ, иски исключаются «если владѣніе истца или его предшественника по отношенію къ отвѣтчику было порочно и было пріобрѣтено въ теченіи одного года назадъ», (§ 862, B. G. B.) Понятіе это порочности владѣнія напоминаетъ собою римское ученіе о владѣніи vi, clam, precario ab adversario. Однако оба эти понятія не тождественны. Порочность владѣнія по уложенію не ограничивается случаями недозволеннаго самоуправства или тайнаго отнятія вещи, и не распространяется на владѣніе по прекарію. Затѣмъ, такая vitiosa possessio вредила по римскому праву лишь владѣльцу, который пріобрѣлъ самъ отъ своего противника вещь во владѣніе vi, clam, precario, но не его наслѣднику [3]). Напротивъ, B. G. B. признаетъ такую же vitiosa possessio и за сингулярными преемниками владѣнія споліатора, когда они знали, въ моментъ пріобрѣтенія ими владѣнія, о порочности владѣнія своего предшественника (§ 858 Abs. 2). При этомъ и отразить нападеніе противника ссылкой на порочность его владѣнія (exceptio vitiosae possessionis) можетъ не только непосредственно лишенный владѣнія vi, clam, precario, но и его правопреемникъ [4]).

---

[1]) См. Planck—cit. S. 47.

[2]) § 864 Abs. 1—«Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Iahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird.».

[3]) fr. 53 Dig. de poss. 41—2; fr. 1 § 9. fr. 2 Dig. Uti possid. 43—17 Ср. Regelsberger—Der gerichtliche Besitzschutz etc. въ Festschrift für die Juristische Facultät zu Giessen 1907 г. S. 268 fg.

[4]) § 861 Abs 2; § 862 Abs. 2.

Вмѣстѣ съ тѣмъ В. G. B. отказываетъ въ защитѣ порочнаго владѣнія въ томъ лишь случаѣ, если искъ предъявляется противъ того, по отношеніи къ кому истецъ самъ владѣетъ порочно. Такое правило соблюдается впрочемъ лишь въ теченіи года, по истеченіи котораго всякія ограниченія въ защитѣ снимаются.

Уложеніе такимъ образомъ создаетъ крайне обширную область примѣненія этой exceptio въ отношеніи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. (§ 861 Abs. 2), уклоняясь въ этомъ отношеніи не только отъ правилъ ad hoc права каноническаго съ его основнымъ положеніемъ— spoliatus ante omnia restituendus est, но и отъ положеній римскаго права, гдѣ при искѣ unde vi (Юстиніанова права) эта exceptio совершенно не допускалась, (см. выше стр. 16). Этимъ оно даетъ обширнѣйшую область примѣненію началъ самоуправства и кулачнаго права между претендентами на владѣніе однимъ и тѣмъ же объектомъ. «Exceptio spolii— заявляютъ мотивы къ проекту гражд. уложенія (III, 125)— „не принята, потому что въ настоящее время насилія не такъ часты, чтобы бороться съ ними нужно было еще путемъ исключительныхъ гражданско-правовыхъ предписаній".

Такое покровительственное отношеніе уложенія къ проявленіямъ кулачнаго права въ области взаимныхъ отношеній претендентовъ на владѣніе одной и тою же вещью, благодаря допущенію exc. vitiosae possessionis въ поссессорныхъ искахъ, вызвало рѣзкую критику цѣлаго ряда германскихъ юристовъ, (напр. Гирке, Козака, Вендта, Реаца и др.), которые всѣ находили нежелательнымъ и не только безполезнымъ, но и прямо противнымъ основной идеѣ защиты владѣнія такое разрѣшеніе кулачнаго права въ теченіи цѣлаго года. Совершенно вѣрно отмѣчаетъ Покровскій сомнительность этого правила уложенія и съ точки зрѣнія этики. „Что рекомендуетъ уложеніе своимъ кліентамъ?» замѣчаетъ онъ—„Оно не говоритъ: не насильничай, разъ у тебя есть законная защита судебной власти, а напротивъ, говоритъ, дѣйствуй во всю, ломай, разоряй, захватывай и т. д., только старайся сдѣлать это половчѣе, чтобы не попасться въ руки сердитаго уголовнаго закона. Гражданское

уложеніе, такимъ образомъ, входитъ въ роль маменьки, готовой допустить и драку между дѣтьми, лишь бы только дѣло не покончилось синяками и разбитыми носами, которые вызовутъ юрисдикцію менѣе покладистаго папеньки". [1])

Непригодность этого правила и съ юридической, и съ этической точекъ зрѣнія выясняется еще болѣе тѣмъ, что идя здѣсь противъ общей тенденціи развитія защиты владѣнія отъ насилій и самоуправства, какъ она проявлялась въ теченіи ряда вѣковъ въ каноническомъ правѣ, вылившись въ ясный и рѣзкій афоризмъ—spoliatus ante omnia restituendus, гражданское уложеніе въ остальномъ (сознательно или нѣтъ—это иной вопросъ) реципировало изъ каноническаго права цѣлый рядъ положеній объ a. spolii въ свое ученіе объ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Въ этомъ отношеніи, какъ мы уже указывали выше, a) уложеніе даетъ владѣльческую защиту не только владѣльцамъ, какъ ихъ понимало римское право, но равно и держателямъ suo aut alieno nomine (арендаторы, хранители и т. д.).

b) Отвѣтчиками здѣсь могутъ быть, какъ и по правиламъ can. Saepe contingit, сами споліаторы, ихъ универсальные преемники и третьи пріобрѣтатели, spolii conscii.

c) Условіемъ примѣненія иска является наличность spolium'a, понимаемаго въ смыслѣ vitiosa dejectio.

d) Искъ м. б. предъявляемъ только къ фактическому владѣльцу спорнаго объекта; утрата имъ владѣнія уничтожаетъ его legitimatio passiva.

e) Кумуляція петиторнаго и поссессорнаго исковъ не допускается.

f) Требованіе истца м. б. направлено только на выдачу вещи, а не на взысканіе убытковъ, для которыхъ д. б. предъявленъ особый искъ.

g) Иски о возстановленіи владѣнія не имѣютъ деликтнаго характера.

h) Exceptio dominii, равно какъ и ссылка отвѣтчика на право владѣть вообще, не имѣютъ мѣста (ср. § 863 B. G. B.).

---

[1]) Покровскій—cit. стр. 119.

Русское право.

Обращаясь къ законодательнымъ памятникамъ родного права, намъ необходимо заранѣе оговориться, что здѣсь самое понятіе о владѣніи, въ смыслѣ самостоятельнаго правового института, отличнаго отъ собственности и другихъ вещныхъ правъ, равно и ученіе о защитѣ владѣнія какъ такового, представляются явленіями сравнительно новыми, нашей старинѣ и обычному праву неизвѣстными.

Правда, въ Новгородской судной грамотѣ мы имѣемъ уже статью, въ которой сдѣлано различіе въ охранѣ собственности отъ охраны владѣнія. Это именно ст. 10, гдѣ сказано:— «А кто на комъ поищетъ наѣзда или грабежа на земномъ дѣлѣ: ино судити напередъ наѣздъ и грабежъ, а о земли послѣ судъ»; причемъ съ наѣздчика взыскивался въ казну громадный для того времени штрафъ за нарушеніе земскаго мира („на бояринѣ пятьдесятъ рублевъ, а на житьемъ дватдцать рублевъ, а на молодчемъ десять рублевъ"). Однако на основаніи „двухъ словъ» этого законодательнаго памятника, по вѣрному замѣчанію проф. Дювернуа, нельзя конструировать цѣлаго ученія. [1]).

Руководствуясь этими скудными данными, мы можемъ лишь отмѣтить здѣсь стремленіе законодателя охранять владѣльца отъ всякихъ попытокъ со стороны другихъ лицъ къ насильственному, самоуправному отнятію владѣнія недвижимостями, безъ обращенія при этомъ вниманія на юридическія свойства самаго владѣнія споліата, [2]) причемъ на споліатора за его «наѣздъ» всею тяжестью обрушивается «bannum regis»—Господина Великаго Новгорода.

---

[1]) Дювернуа—Пособіе къ лекціямъ по Граждан. праву. Часть особенная вып. 1-й 1899, стр. 5.

[2]) Ср. Владимірскій—Будановъ—Христоматія по исторіи Русскаго права I 1889 г. стр. 188 пр. 15.

Несравненно болѣе подробно разработанъ вопросъ о защитѣ владѣнія въ извѣстномъ законодательномъ сборникѣ западной Руси XVI вѣка—въ Литовскомъ статутѣ. Здѣсь прямо установлена защита всякаго владѣнія, какъ такового, безъ различія законнаго отъ незаконнаго, добросовѣстнаго отъ недобросовѣстнаго. При этомъ самая защита такая совершалась: а) путемъ самозащиты, при томъ понимаемой въ обширномъ смыслѣ. По выраженію Статута, если бы кто, защищаясь отъ насильника не только домоваго, но и такого, который совершилъ наѣздъ на село, на людей, на стада и грунты (земли), его убилъ или ранилъ, и въ томъ присягнулъ, (что дѣйствовалъ такъ, защищая свое владѣніе), то такой убійца освобождается отъ законной отвѣтственности, b) Кромѣ самозащиты, Статутъ даетъ судебную защиту владѣнія отъ насилій и самоуправства, отъ завладѣнія, съ боемъ и безъ бою», въ теченіи 10 недѣль отъ момента spolium'a. При этомъ владѣніе возвращается споліату по одному фактическому изслѣдованію, съ наложеніемъ крупной пени на насильника (20 копъ грошей), кромѣ особаго взысканія „за бой, раны, забуйства“. Если же отвѣтчикъ, оправдывая себя, станетъ ссылаться на свое *право* и предъявлять крѣпости на захваченное имъ имущество, то ихъ предписано не разсматривать, а отсылать къ суду (въ порядкѣ петиторномъ [1]). Истецъ (споліатъ) обязанъ былъ, предъявляя искъ, лишь доказать свидѣтельскими показаніями „добрыхъ людей“ и собственной присягой, что онъ дѣйствительно лишенъ спокойнаго владѣнія; *права* же своего на владѣніе онъ не долженъ былъ доказывать. [2])

Слѣдуетъ замѣтить что это помѣщенное въ Литовскомъ Статутѣ правило не было принято законодательствомъ Москов-

[1]) „А где бы сторона обвиненая признавшися до держанья того именья або людей поведила то же онъ жалобника стого и што онъ жалуетъ квалтовне не выбиялъ але то держитъ за правомъ якимъ слушнымъ и хотелъ бы якимъ правомъ хотя и на письме показати, тогда передъ ся той стороне отъпорной немаетъ быти на выводъ давано“... Статутъ Велик. князьства Литовскаго 1588 г. изд. во Временн. Общества Истор. и Древн. кн. 19, 1854 г. разд. 4 арт. 92.

[2]) Литов. Статутъ. Раздѣлъ IV, арт. 92; Разд. X, арт. 4, 5, 15, 16; XI, 20, 43.

ской Руси, гдѣ, напр. Уложеніе Алексѣя Михаиловича 1649 г. предписывало споръ о владѣніи недвижимостями всегда разрѣшать судомъ, и при томъ въ связи съ вопросомъ о *правѣ* владѣнія; другими словами, особаго поссессорнаго иска Московское право еще не знало [1]).

Только начиная съ Екатерины II, у насъ вырабатывается защита владѣнія, независимо отъ права, главнымъ образомъ въ изданномъ ею, въ 1775 году, Учрежденіи о губерніяхъ, по которому возстановленіе нарушеннаго владѣнія стало функціей административныхъ властей—городничихъ въ городѣ и исправниковъ въ уѣздѣ; возстановленіе же права собственности было признано дѣломъ исключительно суда (ст. 243 и 266). Согласно ст. 243 Учрежд. о губерн. земскій исправникъ являлся обязаннымъ „давать всякому обиженному *судейское* покровительство, и буде гдѣ въ уѣздѣ окажется насильство, изслѣдовать на мѣстѣ, безъ многаго письменнаго производства, и то единственно въ ясность приводить, учинился-ли такой случай или нѣтъ, и свидѣтелей допрашивать, и буде что у кого отнято, а оно на лицо находится, тотчасъ возвращать; но вмѣстѣ съ тѣмъ давать знать о семъ уѣздному суду, въ которомъ дозволяется просьбу производить тѣмъ, кто доказать можетъ, что исправникъ поступилъ несправедливо“.

Новый порядокъ судопроизводства по спорамъ о владѣніи скоро вызвалъ въ жизни рядъ недоразумѣній, главнымъ образомъ благодаря тому, что и судьи, и администрація не умѣли его понять и усвоить. По крайней мѣрѣ уже въ началѣ 19 столѣтія, Государственному Совѣту пришлось снова подтверждать правила Учрежд. о Губерніяхъ. По одному частному случаю, именно по дѣлу о захватѣ земель казенныхъ крестьянъ, возникли пререканія между судомъ и полиціей, причемъ судъ обвинялъ въ превышеніи власти земскаго исправника, рѣшившаго дѣло о владѣніи землею

---

[1]) Уложен. 1649 г. гл. X ст. 213—„А будетъ кто у кого и насильствомъ землю хлѣбомъ посѣетъ: и его земли искати судомъ, а собою не управливатися, и хлѣба съ поля безъ указу не свозити, и животиною не толочити и не травити“. Ср. Морошкинъ—О владѣніи по началамъ россійскаго законодательства 1837 г., стр. 100.

и возвратившаго послѣднюю ея прежнимъ владѣльцамъ-крестьянамъ. При разборѣ этого дѣла Государственнымъ Совѣтомъ отъ 30 іюня 1820 года было постановлено, что „Градскія и Земскія полиціи, не входя въ разборъ документовъ, обязаны приводить только въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, и по изслѣдованіи возвращать тотчасъ тому, у кого что отнято или заграблено, а учинившаго насиліе отсылать къ суду... О принадлежности же имѣнія по письменнымъ документамъ относится къ формальному производству Гражданскаго, а не къ разбору Нижняго Земскаго Суда". (П. С. З. № 28338).

Указомъ 16-го Ноября 1821 года было предписано возвращать отнятое тому, у кого было во владѣніи, «хотя бы отнимающій по документамъ и поводъ имѣлъ къ присвоенію; ибо никто самъ собою управляться не долженъ». Указомъ 23 мая 1824 г. былъ опредѣленъ и самый срокъ, въ теченіи котораго дѣла о завладѣніи разбирались въ порядкѣ поссессорномъ, именно согласно съ правилами ad hoc *Литовскаго Статута* (на послѣдній сдѣлана ссылка) въ 10 недѣль. По истеченіи этого времени искъ о возвращеніи владѣнія измѣнялся въ вещный (о *правѣ* владѣть) и допускался къ производству уже не слѣдственнымъ (административнымъ) порядкомъ, но судомъ (П. С. З. № 29889). Указомъ 27 Декабря 1823 года (П. С. З. № 29716) были еще разъ подтверждены и развиты тѣ же положенія о порядкѣ и условіяхъ производства исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Признавъ общимъ правиломъ, что по силѣ законовъ предоставлено всякому на волю за насильное завладѣніе имѣніемъ и грабежъ отыскивать удовлетворенія не однимъ токмо судомъ гражданскимъ, но и слѣдственнымъ, этотъ указъ опредѣлилъ, что когда въ постановленное закономъ время дойдетъ до земской или гражданской полиціи *просьба* о таковомъ поступкѣ, то полиція немедленно приступаетъ на мѣстѣ къ изслѣдованію и открытію черезъ вѣрныхъ и свѣдующихъ свидѣтелей или другими возможными способами, не требуя и не входя въ разборъ представляемыхъ сторонами письменныхъ документовъ. Задача полиціи здѣсь заключается въ томъ, что она «приводитъ только въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣ-

ніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, и по изслѣдованіи тотчасъ возвращаетъ оное тому, у кого что отнято или разграблено... а дерзнувшаго нарушить спокойствіе отсылаетъ немедленно къ суду для законнаго опредѣленія, гдѣ уже и производится дѣло уголовнымъ порядкомъ; принадлежность же имѣнія, на коемъ насиліе или грабежъ учиненъ, по письменнымъ документамъ относится къ формальному судопроизводству гражданскому».

Эти правила о защитѣ владѣнія противъ насилій и самоуправства, независимо отъ вопроса о самомъ *правѣ* споліата на владѣніе (spoliatus ante omnia restituendus), ни о характерѣ послѣдняго (добро,—недобросовѣстное, законное, незаконное), а равно созданіе особой административной инстанціи (полиція) для разбора такихъ дѣлъ, рядомъ съ судомъ, въ которомъ разбирались дѣла въ порядкѣ петиторномъ, легли въ основу положеній ad hoc въ сводѣ законовъ.

Можно сказать, что уже по старымъ нашимъ законамъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (ст. 2, 8, 9, 10, 11 и 14 по изд. 1876 г.; ст. 637, 641—643; 645, 646 по изд. 1892 г.) правила указовъ о защитѣ владѣнія получили свое дальнѣйшее развитіе, еще болѣе приблизившись къ нормамъ каноническаго права объ искѣ изъ can. Redintegranda.

Установивъ здѣсь основнымъ положеніемъ, что «всякое дѣйствительное владѣніе недвижимымъ имуществомъ, хотя и незаконнее, почитается безспорнымъ и защищается законами отъ насилія и самоуправства, доколѣ не будетъ предъявленъ на оное споръ или тяжба и имущество не будетъ присуждено другому» (ст. 2 (637), законодатель тщательно проводитъ различіе поссессорныхъ отъ петиторныхъ исковъ даже съ точки зрѣнія ихъ подсудности. Онъ опредѣляетъ въ этомъ отношеніи (ст. 8 (641), что жалобы о завладѣніи недвижимою собственностью, и на насильное завладѣніе или на отнятіе какого-либо *движимаго* имущества подаются мѣстной окружной или городской полиціи, по принадлежности. При этомъ далѣе наблюдаемъ мы замѣчательное нововведеніе сравнительно съ правилами указовъ 27 декабря 1823 г. и 30 іюня 1820 г. Именно закономъ возлагается на полицію обязанность разбирать дѣла о возстановленіи нарушеннаго

владѣнія не только обычнымъ порядкомъ, т. е. по жалобѣ потерпѣвшаго, но и ex officio, или какъ выражается законъ (ст. 9 (642) *«по непосредственному ея (полиціи) дѣйствію»*, возбуждая разбирательство такихъ дѣлъ по собственной иниціативѣ и безъ заявленія споліата о фактѣ споліума. «Дѣла означенныя въ ст. 7-й (640) (т. е. объ обидахъ, ущербахъ, убыткахъ *и насильномъ и самовольномъ завладѣніи*) начинаются въ полиціи или по прошенію обиженнаго, или же по непосредственному ея дѣйствію, когда, усмотрѣвъ самоуправство и насиліе, она по обязанности своей приметъ законныя мѣры къ пресѣченію онаго».

Подтвердивъ далѣе «указный» срокъ (10 недѣль, считая отъ времени «происшествія») для возбужденія исковъ о владѣніи, законы о судопроизводствѣ гражданскомъ въ ст. 18 и 19 (645, 646) излагаютъ самый порядокъ разбора такихъ дѣлъ полиціей. Послѣдняя «безъ пространнаго письменнаго производства» изслѣдуетъ на мѣстѣ чрезъ вѣрныхъ и свѣдущихъ свидѣтелей или другими возможными способами событіе, подавшее поводъ къ начатію дѣла, приводя по дѣламъ о насильномъ и самоуправномъ завладѣніи въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ учинено насиліе, не требуя и не входя въ разсмотрѣніе представленныхъ письменныхъ доказательствъ, подлежащихъ разбору исключительно судебныхъ мѣстъ (въ порядкѣ петиторномъ). Если по разборѣ дѣла выяснится, у кого что отнято, отнятое немедленно возвращается прежнему владѣльцу полиціей, а противнику предоставляется отыскивать свои права на захваченное имущество судебнымъ порядкомъ, т. е. петиторнымъ искомъ. Виновный въ насиліи при завладѣніи имущества, кромѣ возстановленія владѣнія имъ споліату, отдается суду уголовному.

И такъ мы видимъ здѣсь слѣдующіе характерные признаки, приближающіе нашъ дорогерменный порядокъ веденія владѣльческихъ исковъ къ a. spolii канонического права:

a) Прежде всего мы видимъ, что законъ защищаетъ «всякое дѣйствительное владѣніе», «хотя и незаконное» отъ насилія и самоуправства.

b) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія имѣли

мѣсто лишь въ случаѣ spolium'a, которое понимается, какъ всякое неправомѣрное («самовольное») отнятіе у другого владѣнія, хотя бы и безъ насилія.

c) Содержаніемъ своимъ искъ имѣетъ возстановленіе нарушеннаго владѣнія, почему и направляется исключительно противъ фактическаго владѣльца вещи въ моментъ предъявленія дѣла; при этомъ отвѣтчикомъ можетъ быть и добросовѣстный владѣлецъ, по крайней мѣрѣ законъ ни слова не говоритъ по этому пункту, лишь глухо указывая (ст. 19(646) что «полиція... буде у кого что отнято, *тотчасъ* возвращаетъ отнятое прежнему владѣльцу, предоставляя другой сторонѣ отыскивать свои права на завладѣнное имущество, буде имѣетъ ихъ, судебнымъ порядкомъ». При господствѣ у насъ въ дореформенное время толкованія законовъ по ихъ буквальному тексту, является необходимымъ признать, что отвѣтчикомъ по разсматриваему иску могъ быть *всякій* добро—и недобросовѣстный владѣлецъ споліированной вещи.

d) При помощи исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія нельзя было отыскивать *убытковъ* отъ споліума; для этого требовалось предъявлять особое прошеніе и вести отдѣльный искъ, который лишь *могъ быть*, (а могъ и не быть) разбираемъ въ I-й инстанціи полиціей одновременно съ первымъ для передачи въ судъ, какъ во II-ю инстанцію [1]).

e) Разсматриваемый искъ давался въ защиту владѣнія не только недвижимостями но и *движимыми* вещами, какъ это точно изложено въ ст. 8 (641) закон. о судопроизв. гражд. Замѣтимъ кстати, что это правило о защитѣ владѣнія движимостями не представлялось ужъ тогда новымъ для нашего законодательства. Правда, въ ст. 243 I ч. Учрежденія о губерніяхъ 1775 г. 7 ноября глухо говорится лишь вообще, что земскій исправникъ, буде у кого что отнято и

---

[1]) Въ ст. 19 (646), во второй ея половинѣ, мы читаемъ, что „въ случаѣ спора объ удовлетвореніи за причиненную обиду, убытокъ или насиліе, полиція *равнымъ образомъ* предоставляетъ спорящимъ разбираться въ судебномъ мѣстѣ, и отсылаетъ учиненное ею изслѣдованіе о дѣйствительности событія въ судъ, для опредѣленія мѣры вознагражденія". Ср. ст. 600 (436); ст. 6 (639).

на лицо находится, велитъ тотчасъ возвратить. Однако уже въ указѣ 12 октября 1808 года, легшемъ въ основу указовъ 30 іюня 1820 г. и 27 декабря 1823 года и буквально повторенномъ ими, рѣшено дѣло «маіора Манька съ дворяниномъ Мойсеенкомъ о насильномъ якобы забраніи сѣна и вырубкѣ лѣса», т. е. именно о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *движимымъ* имуществомъ.

f) Новымъ является въ разсматриваемой области правило, которымъ на полицію возлагалась обязанность немедленно приступать къ возстановленію нарушеннаго владѣнія не только по прошенію о томъ споліата, но и proprio motu, ex officio (officium judicis!..) «по непосредственному ея дѣйствію», какъ гласитъ статья 9 (642) cit. Въ этомъ отношеніи, можно сказать, наши дореформенные законы о судопроизводствѣ гражданскомъ напоминаютъ то старое время въ исторіи развитія remed. spolii канонической права, когда еще самый искъ ex can. Redintegranda не получилъ тамъ своего развитія, и защита владѣнія въ интересахъ охраны земскаго мира возлагалась на дѣятельность судей ex officio, рядомъ и параллельно съ возбужденіемъ исковъ самимъ споліатомъ.

g) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія велись строго поссессорнымъ порядкомъ, причемъ въ нихъ совершенно исключался вопросъ о *правѣ* владѣнія (см. ст. 18, 19 (645, 646) cit.).

h) Вмѣстѣ съ тѣмъ изъ возраженій со стороны отвѣтчика допускалась лишь ссылка на пропускъ истцомъ-споліатомъ десятинедѣльнаго срока давности, считая отъ момента spolium'a. Exceptio dominii а равно exc. vitiosae possessionis здѣсь не имѣли мѣста.

У насъ нѣтъ безспорныхъ данныхъ, основываясь на которыхъ можно было бы доказать фактъ *непосредственной* рецепціи a. spolii въ наши законы о судопроизводствѣ гражданскомъ; однако приходиться признаться, что сходство разсматриваемаго иска съ правилами канонической права объ a. spolii невольно бросается въ глаза. Но во всякомъ случаѣ мы еще разъ видимъ здѣсь, какъ одинаковыя причины влекутъ за собою и одинаковыя послѣдствія въ области развитія права.

Если мы обратимъ вниманіе на юридическія и соціальныя условія русской жизни въ концѣ 18 и началѣ 19 вѣковъ, когда въ помѣщичьемъ быту процвѣтало кулачное право (наѣзды, потравы, порубки и т. п.), причемъ законодатель, со своей стороны, всячески стремился къ подавленію насилій и произвола во всѣхъ возможныхъ ихъ проявленіяхъ; если вспомнимъ при этомъ невѣроятную медленность нашего дореформеннаго процесса, съ его массой инстанцій, дѣлавшаго труднымъ, убыточнымъ и почти постоянно запоздалымъ признаніе правъ судомъ,—если, повторяю, вспомнимъ все это, тогда легко понятнымъ и объяснимымъ станетъ намъ, почему самая система возстановленія нарушеннаго владѣнія была создана въ законахъ о судопр. гражданскомъ въ цѣляхъ не защиты possessio, въ римскомъ смыслѣ слова, но именно для защиты имущественнаго status quo, въ цѣляхъ подавленія произвола и самоуправства во всякомъ ихъ проявленіи въ отношеніи имущества лица. Являлось ли при этомъ у споліата обладаніе вещью результатомъ осуществленія имъ своихъ правомочій на то, или даже вопреки праву—безразлично, ибо всюду здѣсь совершалось нарушеніе земскаго мира и правомочій государственной власти на охрану порядка и общественнаго спокойствія. Этимъ между прочимъ объясняется и проведеніе въ старыхъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ предположенія правомѣрности нахожденія вещи у ея прежняго владѣльца и охраненіе такого состоянія противъ всякихъ самовольныхъ покушеній со стороны третьихъ лицъ и возможности перехода къ нимъ имущества безъ воли и желанія на то хозяина послѣднаго.

Въ значительной мѣрѣ тѣ же основныя особенности исковъ о возстановленій нарушеннаго владѣнія сохранились и въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ. Здѣсь находимъ мы въ законахъ слѣдующія постановленія.

«Всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется отъ насилій и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону, о передачѣ онаго, распоряженія» (ст. 531 т. X. ч. I Св. закон.),

«Незаконное владѣніе можетъ быть прекращено по рѣшенію судебнаго мѣста, вошедшему въ законную силу» (ст. 532 т. X ч. 1).

«Всякое самоуправство по имуществамъ, хотя бы они состояли и въ незаконномъ владѣніи, строго воспрещается» (ст. 690 т. X ч. 1).

«Каждый имѣетъ право отыскивать свое имущество изъ чужого неправильнаго владѣнія судомъ» (ст. 691 т. X ч. 1).

Таковы правила т. X. ч. 1 Свода законовъ о защитѣ владѣнія. Согласно п. 4 ст. 29 Уст. Гражд. Судопроизводства вѣдомству мирового судьи предоставлены между прочимъ «иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ» (ср. ст. 1310 Уст. гражд. Судопр. и ст. 20 II разд. прав. о произв. суд. дѣлъ, подвѣд. зем. нач. и город. суд.).

Здѣсь намъ прежде всего приходится остановиться на выясненіи вопросовъ объ основаніи защиты владѣнія по нашему праву и о томъ, что́ слѣдуетъ понимать подъ владѣніемъ, защищаемымъ по ст. 531 т. X. ч. 1.

Оба вопроса эти очень спорны въ нашей юридической литературѣ.

Интереснымъ... своей туманностью является формулированіе основанія защиты владѣнія у Кавелина: (Сочиненія т. I, стр. 36, 37).

Считая владѣніе правомъ, а не фактомъ, авторъ пишетъ здѣсь—«основное начало юридическаго владѣнія есть признаніе государствомъ владѣнія безъ признанія его справедливости, а основаніе защиты несправедливаго владѣнія не заключается во внутреннемъ существѣ его, но во внѣшнемъ сходствѣ и безразличіи его съ владѣніемъ, въ самомъ себѣ справедливомъ. Эта форма признанія перенесена и на то владѣніе, котораго справедливость признана государствомъ. Основаніе лежитъ въ слѣдующемъ: признаніе справедливости владѣнія заключаетъ въ себѣ признаніе самаго владѣнія. Оба могутъ быть разсматриваемы отдѣльно, независимо другъ отъ друга. Признаніе владѣнія, разсматриваемое отдѣльно отъ признанія его справедливости, не представляетъ никакого отличія отъ признанія такого отно-

шенія къ вещи, которое государство не признаетъ за справедливое. Поэтому то на него вполнѣ можетъ и должна быть перенесена форма признанія послѣдняго. Такимъ образомъ владѣніе, само въ себѣ справедливое, владѣніе несправедливое, и наконецъ, владѣніе, составляющее часть права собственности, всѣ соединяются въ государствѣ подъ одну форму признанія, а потому они имъ и не различаются».

Что хотѣлъ сказать своимъ объясненіемъ Кавелинъ, къ сожалѣнію, разобраться въ этомъ довольно трудно, главнымъ образомъ благодаря излишне часто употребленнымъ здѣсь авторамъ «признаніямъ». Однако со стороны Кавелина, признающаго владѣніе правомъ, самая попытка объяснить причины, почему право защищается искомъ, кажется мнѣ очень подозрительной и сильно схожей съ тѣмъ, что Кавелинъ «признавалъ» самъ, или уже близокъ былъ къ «признанію» владѣнія фактомъ, защищаемымъ исками, безъ отношенія къ его правовому основанію.

Нашъ знаменитый цивилистъ Побѣдоносцевъ по вопросу объ основаніи защиты владѣнія высказалъ, одновременно съ Іерингомъ, взглядъ на владѣніе, аналогичный воззрѣнію, выработанному послѣднимъ. «Съ состояніемъ владѣнія»—пишетъ Побѣдоносцевъ (Курсъ гражд. права 4-е изд. I, 163)—«обыкновенно соединяется понятіе о собственности, предположеніе о томъ, что лицо, владѣющее предметомъ, имѣетъ на него право собственности. Владѣніе есть состояніе (status) фактическое, наличное, которое само за себя говоритъ, которому не требуется доказательствъ, покуда оно продолжается. На чемъ оно основано, это владѣніе, и дѣйствительно-ли основано на правѣ собственности,—вопросъ этотъ самъ собою не возникаетъ, если не является другое лицо, объявляющее наличнаго владѣльца незаконнымъ и выставляющее свое право на собственность въ томъ же имуществѣ, стало быть вопросъ этотъ возбуждается только вслѣдствіе иска о собственности. И въ этомъ случаѣ владѣніе предполагается основаннымъ на правѣ собственности до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Отсюда возникаетъ право всякаго владѣльца, на чемъ бы не основалось его владѣніе, защищать свое владѣніе и не

выставляя ему никакихъ основаній, требовать защиты и возстановленія своего владѣнія, если оно нарушено».

Мнѣніе Побѣдоносцева еще можно было бы признать допустимымъ для нашего права, если бы въ послѣднемъ существовало правило, подобное выраженному въ ст. 2230 Code Civil (Всегда предполагается, что лицо владѣетъ для себя, какъ собственникъ если не доказано его владѣніе для другого) [1]).

Изъ этой статьи нѣкоторые французскіе юристы хотѣли найти основаніе защиты владѣнія въ предположеніи собственности за владѣльцемъ [2]). Однако въ нашемъ законодательствѣ мы не находимъ ничего подобнаго правилу этой ст. 2230 Code Civil. У насъ, напротивъ, владѣльческими исками защищается владѣніе даже такихъ лицъ, которыя никоимъ образомъ не имѣютъ animus'a domini, владѣя однако *для себя,* а не для собственника, и считать владѣніе ихъ предполагаемой собственностью было бы contra naturam juris. Таково, напр., владѣніе пожизненнаго владѣльца, чиншевика, крестьянина—общинника своимъ надѣломъ. Мало того, согласно ст. 531 т. X ч. I св. зак. по нашему праву всякое даже и *незаконное* владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому. Между тѣмъ является прямо противоестественнымъ предполагать собственность въ незаконномъ владѣніи, что неизбѣжно однако приходится признавать согласно теоріи Побѣдоносцева [3]).

---

[1]) Art. 2230 Code Civil—«On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé á posséder pour un autre».

[2]) Сравн. однако art 2228—гдѣ владѣніе опредѣляется слѣдующимъ образомъ—La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exerçons par nous—mêmes, ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom".

[3]) Анненковъ—Система русскаго гражданскаго права т. III-й стр. 494, 495 признаетъ, подобно Побѣдоносцеву, основаніемъ защиты владѣнія предполагаемую во владѣніи собственности. Однако въ другомъ мѣстѣ с.. же заявляетъ (ст. 528), что имѣется „коренное различіе по существу права собственности и владѣнія".

Ближе къ цѣли подошелъ Поповъ [1]), утверждая, что нашъ законъ, защищая владѣльца отъ нарушеній его владѣнія, вмѣстѣ съ тѣмъ защищаетъ и свои собственные интересы, состоящіе въ охраненіи порядка и общественнаго спокойствія.

Дѣйствительно, разсматривая источники ст. 531 т. X ч. I Св. законовъ, мы убѣждаемся, что и по дѣйствующему нашему праву основаніемъ защиты владѣнія остались тѣ же соображенія и задачи, какія имѣлись въ виду и редакторами дореформенныхъ нашихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ. И въ настоящее время такимъ образомъ у насъ защита владѣнія установлена въ цѣляхъ подавленія произвола и самоуправства, во всякомъ ихъ проявленіи въ отношеніи имущества лица, являлось ли у споліата обладаніе вещью результатомъ осуществленія имъ своихъ правомочій на то, или даже вопреки праву—безразлично, ибо всюду здѣсь совершается нарушеніе земскаго мира и обязанности государственной власти охранять порядокъ и общественное спокойствіе.

Кромѣ приведенныхъ уже нами выше источниковъ права (см. стр. 265 слѣд.) въ подтвержденіе указаннаго воззрѣнія законодательства нашего на основаніе защиты владѣнія м. б. приведены еще слѣдующія законоположенія, изъ числа источниковъ ст. 531 X ч. I:

П. С. З. *№ 12474*—Манифестъ о генеральномъ размежеваніи земель 1765 г. Сент. 19 § 16:—„Ежели кто изъ сущихъ препятственниковъ истинной государственной пользы можетъ сыскаться и дерзнетъ послѣ публикаціи нынѣшняго... манифеста владѣнія свои самовольствомъ далѣе распространять... и въ томъ окольными людьми, яко живыми еще свидѣтелями. обличенъ будетъ, *за таковую государственную вредность*... взять и пр.“.

П. С. З. *№ 15 349*—1732 г. Апр. 8—Уставъ благочинія, гдѣ подтверждается запрещеніе чинить уголовныя преступленія

---

[1]) Поповъ—Владѣніе и его защита по русскому гражданскому праву—Журн. Гражд. и Угол. Пр. 1874 V. стр. 129—131.

противъ народной тишины, какъ то; п. 9) «*насильное завладѣніе недвижимымъ имуществомъ*».

П. С. З. *№ 12659*—Инструкціи межевымъ губернскимъ канцеляріямъ 1766 г. Мая 25 гл. XIII § 8—„Ежели... откроется, что кто изъ владѣльцевъ, по изданіи уже нашего о генеральномъ государственномъ межеваніи манифеста... захватилъ во владѣніе свое изъ государственныхъ дикихъ земель еще больше, нежели оныхъ до того манифеста имѣлъ, то у такого... ту землю отрѣзать.., да сверхъ того *таковыхъ* злонамѣренныхъ *владѣльцевъ признать мы не оставимъ* на всегдашнее время *вредителями общаго государственнаго благосостоянія и казенными похитителями*".

П. С. З. *№ 28338* Іюня 30 1810 г. «Всякое насиліе есть непозволенный законами поступокъ и не рѣдко можетъ служить поводомъ къ уголовному преступленію... полиція приводитъ въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда на ономъ было учинено насиліе, и по изслѣдованіи тотчасъ возвращаетъ тому, у кого что отнято или заграблено, *а дерзнувшаго нарушить спокойствіе* отсылаетъ немедленно къ суду. [1])

Несравненно болѣе трудностей представляетъ разрѣшеніе второго вопроса, именно, что разумѣетъ наше законодательство подъ терминомъ владѣнія, или какое владѣніе защищается исками противъ насилія и самоуправства.

Дѣло въ томъ, что въ дѣйствующемъ нашемъ законодательствѣ терминъ *владѣніе* употребляется въ *четырехъ* различныхъ значеніяхъ. Именно, во 1-хъ, имъ означается право собственности. (См. ст. 424—428, 431, 434, 442, 500—512, 514, 534, 535, 543, 544, 538, 553, 555, 640, 688, 1703 т. X ч. I Св. закон.). При этомъ лишь иногда прибавляются еще слова: «законный» владѣлецъ (ст. 431, 539 прим. I.. 620, 622, 624—626, 629, 634, 636, 640, 643 cit.), или частный владѣлецъ (514); общая собственноть называется общимъ владѣніемъ, совладѣніемъ (543, 544, 553).

Во 2-хъ, владѣніемъ называется въ законѣ не только право собственности, но вмѣстѣ съ тѣмъ и другія вещныя

---

[1]) Ср. еще П. С. З. № 28721 Авг. 1821 г. и др.

права, напримѣръ, пожизненное владѣніе, сервитуты и т. п. (Ст. 116, 514, 448, 431 т. X ч. I).

Въ 3-хъ, напротивъ, терминъ владѣніе употребляется именно для обозначенія извѣстнаго вещнаго права, съ цѣлью отличія его отъ права собственности по тому же объекту. (Ст. 514, 515, 516, 432, 527, 533[1—13] 485—493, 1692; т. X ч. I; Уст. Гражд. судопр. ст. 31 п. I).

Наконецъ, въ 4-хъ, этимъ названіемъ законъ опредѣляетъ вообще фактическое воздѣйствіе лица на вещь, безъ отношенія къ титулу такого воздѣйствія. (Ст. 523, 535—533, 534, 557—560, 564, 567, 609—638, 641—643, 690, 691; Уст. Гражд. Судопр. 29 п. 4, ст. 73, 213). При этомъ лицо, имѣющее *право* на тотъ же самый объектъ, въ нѣкоторыхъ случяхъ называется иначе, напр. вотчинникъ (533[4]—533[9], 566, 521), хозяинъ (ст. 609, 621, 635, 527, 431); частный владѣлецъ (514); законный владѣлецъ (431, 539 прим. I, 620, 622, 624—626, 629, 634, 636, 640, 643).

Спрашивается, про какое же «владѣніе» говорится въ 531 ст. т. X ч. I Св. Законовъ?

Вопросъ этотъ до настоящаго времени представляетъ собою crux doctorum.

Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ раздѣлить нашихъ писателей на три группы: одни изъ нихъ, являясь правовѣрными сторонниками теоріи Савиньи и на почвѣ нашего законодательства, признаютъ защищаемымъ юридически владѣніе только тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ намѣреніе обладать вещью, какъ своею собственною [1]).

Въ пользу этого взгляда его сторонниками приводятся различныя основанія. Такъ Морошкинъ здѣсь ссылался на то обстоятельство, что у насъ въ законодательныхъ памятникахъ изстари (съ XII в.) понятіе завладѣнія выра-

---

[1]) Сторонниками такого ученія являются: Морошкинъ—О владѣніи стр. 113, 117; Неволинъ—Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ 1851 г. II § 258; Поповъ—cit. стр. 57, 64—65; Кавелинъ—Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ 1879 г. стр. 69; Мейеръ (Ред. Гольмстена)—Русское гражданское право 1902 г. стр. 254 слѣд.; Шершеневичъ—Учебникъ русскаго гражд. права 1901 г. стр, 201 слѣд.; Любавскій—Юридическія монографіи и изслѣдованія I, стр. 142—143.

жалось терминомъ «освоить»; понятіе же «владѣть» выражалось словами — «володѣть», «волю дѣяти». «Изъ сего явствуетъ—замѣчаетъ онъ далѣе (стр. 77), что въ основаніи понятія овладѣніи наши предки поражены были болѣе духовнымъ нежели вещественнымъ дѣятелемъ событія»; а потому онъ считаетъ необходимымъ условіемъ владѣнія animus domini[1]).

Эта мотивировка Морошкина едва-ли кому покажется въ настоящее время убѣдительной, и во всякомъ случаѣ его филологическія изысканія не имѣютъ рѣшающаго значенія въ пользу его взгляда на владѣніе. Положимъ, владѣть значитъ волю дѣять, осуществлять свою волю внѣ; но спрашивается, какую волю, на что? Является-ли при владѣніи animus domini или animus rem alieno nomine detinendi?—На это невозможно дать никакого отвѣта на основаніи одного такого филологическаго изысканія. Что касается термина «освоить», то по справедливому замѣчанію Васьковскаго, онъ потому не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, что у насъ до конца 18 вѣка институтъ владѣнія не имѣлъ самостоятельнаго значенія и существованія, и словомъ *владѣніе* обозначали собственность, какъ очень часто обозначаютъ и теперь, и не только въ обыденной рѣчи, но и въ законахъ—отсюда его двусмысленность и недостовѣрность [2]), Во всякомъ случаѣ весьма шаткимъ основаніемъ для теоріи представляется ссылка Морошкина на терминологію нашего Московскаго законодательства, въ которомъ, собственно говоря, почти не существовало твердо установившихся юридическихъ терминовъ. Вспомнимъ, напр., въ какихъ разнообразныхъ значеніяхъ употребляли тамъ хотя-бы слова—порука, артель, семья и др. Даже въ современномъ нашемъ законодательствѣ, какъ уже было указано выше, терминъ владѣніе употреблялся крайне неопредѣленно; тѣмъ болѣе понятны и часты такія «юридическія шероховатости» въ памятникахъ нашего законодательства стараго времени.

Особенно горячимъ защитникомъ ученія Савиньи о природѣ владѣнія, въ примѣненіи его къ нашему праву, является

[1]) Морошкинъ—cit. стр. 77 слѣд.

[2]) Васьковскій—учебникъ II стр. 41.

Поповъ. «Наше право» говоритъ онъ—«вовсе не представляетъ ни одной статьи, прямо опредѣляющей, что оно разумѣетъ подъ владѣніемъ, и только косвенно, изъ сопоставленія различныхъ статей свода гражданскихъ законовъ, можно прійти къ положенію, что и у насъ владѣніе принимается въ томъ же смыслѣ, какъ въ римскомъ и основанныхъ на немъ законодательствахъ. Сводъ знаетъ терминъ «владѣніе» не только какъ составную часть права собственности и не только какъ отдѣлившуюся отъ послѣдней часть, но и какъ существующій самостоятельно, въ противоположность собственности. Такъ, спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе обращается въ законное обладаніе, когда оно происходитъ въ видѣ собственности въ теченіе установленнаго закономъ срока времени. Какъ это выраженіе—*въ видѣ собственности*, такъ и употребленное сводомъ въ другомъ мѣстѣ *на правѣ собственности* наша доктрина единогласно понимаетъ въ томъ смыслѣ, что это требованіе закона относится не къ тому, чтобы лицо дѣйствительно считало себя собственникомъ и не потому, что въ основаніи давности былъ полагаемъ justus titulus, а чтобы владѣніе было cum animo domini. Такимъ образомъ и по русскому праву полнота воздѣйствія давностнаго владѣнія на вещь только приравнивается обѣими этими выраженіями къ собственности, т. е. лицо должно располагать вещью при давностномъ владѣніи такъ-же полно, какъ если бы она принадлежала ему въ собственность. Что касается защиты, то и здѣсь наше право отличаетъ детенцію отъ юридическаго (подлежащаго защитѣ) владѣнія. Такъ, напр., наемъ у насъ совершенно правильно и характеристично называется «отдачею въ содержаніе»;—при чемъ, только владѣніе дѣйствнтельное (X ч. 2 ст. 2), т. е. владѣніе cum animo domini, получаетъ защиту» [1]).

По моему мнѣнію, такого рода защита примѣнимости теоріи Савиньи и для нашего владѣнія мало убѣдительна. Если согласно смыслу ст. 531 и 560 для пріобрѣтенія права собственности по давности, необходимо владѣніе «*въ видѣ*

---

[1]) Поповъ cit. Стр. 64—65; ср. окончаніе этой статьи въ Ж. Гр. Уг. пр. 1874, кн. V стр. 85, 74, 81.

собственности» или *«на правъ собственности»*, т. е. cum animo domini, то изъ этого еще нельзя выводить обязательности такого же условія и для защиты всякаго иного рода владѣнія. Самое установленіе закономъ нашимъ *особыхъ* условій, при наличности которыхъ продолжительное владѣніе *можетъ* обратиться *въ право собственности*, уже указываетъ не то, что самъ законъ *выдѣляетъ* давностное владѣніе какъ *особый видъ* фактическаго отношенія лица къ вещи, не только защищаемаго правомъ, но и влекущаго за собою *установленіе правъ* для владѣльца данной вещи. Такъ же мало убѣдительно утвержденіе Попова, будто бы употребленное въ законѣ выраженіе «дѣйствительное» владѣніе слѣдуетъ понимать въ смыслѣ владѣнія съ намѣреніемъ обладать вещью какъ своею. Почему? На какомъ основаніи должно придавать этому выраженію закона такой смыслъ, авторъ ничѣмъ не объясняетъ и ни на чемъ иномъ не обосновываетъ, кромѣ такого гипотетическаго толкованія. Какъ вполнѣ справедливо замѣчаетъ Васьковскій (Ж М. Ю. 1896 г. IV, 59), слово *дѣйствительный* всякій непредубѣжденный человѣкъ пойметъ въ смыслѣ— наличный, настоящій, даже фактическій,—и видѣть въ немъ указаніе на извѣстное направленіе воли владѣльца болѣе чѣмъ произвольно[1]).

Шершеневичъ, называя владѣніе фактическимъ господствомъ лица надъ вещью, соединеннымъ съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ (Учебникъ—издан. 1907 г. стр. 208), допускаетъ защиту лишь владѣнія въ видѣ собственности, т. е. господства, соединеннаго съ намѣреніемъ присвоенія. Въ подтвержденіе такого заявленія своего онъ ссылается на ст. 1314 Уст. гражд. судопр.[2]).

---

[1]) См. еще критику этого ученія: Трепицынъ.—Переходъ правъ собственности на движмыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія 1903 г. стр. 333 слѣд. Фридштейнъ—Вѣстникъ Права 1900 г. № VII, 48, 49.

[2]) Ст. 1314 Уст. гр. судопр.:—„Частныя лица и общества, владѣющія имуществами казенныхъ управленій на правѣ пользованія, въ случаѣ нарушенія кѣмъ-либо ихъ владѣнія могутъ и непосредственно отъ себя предъявлять иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія".

Если бы, говоритъ Шершеневичъ (cit. стр. 223, 224) —„это было общимъ правиламъ, то о немъ не зачѣмъ было говорить. Законъ въ этомъ случаѣ дѣлаетъ исключеніе изъ предполагаемаго имъ общаго правила, когда такой искъ можетъ быть предъявленъ только собственникомъ или дѣйствительнымъ владѣльцемъ, а не держателемъ".

Совершенно основательно замѣтилъ въ этомъ отношеніи Трепицынъ (cit. стр. 335), что приведенный argumentum a contrario, конечно, не является *прямымъ* доказательствомъ романистической теоріи. Онъ создаетъ лишь извѣстнаго рода *вѣроятность* въ ея пользу. Но и эта вѣроятность очень не велика. Наши законы не такъ ужъ полны, чтобы нѣкоторыя повторенія или подтвержденія считать излишними или видѣть въ этихъ повтореніяхъ указаніе на исключительный случай. Намъ думается, законодатель счелъ себя здѣсь въ правѣ повторить общее правило въ виду главнымъ образомъ того обстоятельства, что здѣсь дѣло идетъ о *казенномъ* имуществѣ, отношенія по которому въ области частныхъ сдѣлокъ нормируются у насъ своеобразно и отлично отъ имущественныхъ отношеній частныхъ лицъ. Потому то законодатель и нашелъ нужнымъ подтвердить здѣсь еще разъ, что по вопросу о защитѣ владѣнія такимъ имуществомъ исключенія изъ общихъ ad hoc правилъ закономъ *не установляется* [1]).

Васьковскій [2]) пришелъ къ совершенно обратному выводу. Онъ пишетъ—«Мы не встрѣтили.... (въ нашемъ законодательствѣ) никакого указанія на то, чтобы владѣніе предполагало наличность намѣренія обладать вещью, какъ своею (animus domini), или чтобы отсутствіе такого намѣренія обращало владѣніе въ держаніе и лишало его юридической защиты. Мало того, въ сводѣ законовъ не только не встрѣчается термина «держаніе» (detentio), но даже нѣтъ ни прямыхъ, ни косвенныхъ указаній на то, что понятіе держанія извѣстно законодателю. Эти факты должны были служить

---

[1]) Ср. критику ученія Шершеневича у Фридштейнъ—cit. Вѣстн. Права 1900 г. № 7 стр. 49, 50.

[2]) Васьковскій—Понятіе владѣнія по русскому праву—Журн. Мин. Юст. 1896 г. IV, стр. 52—53, 59.

всякому непредубѣжденному изслѣдователю яснымъ доказательствомъ того, что нашему праву совершенно чужды какъ объективная точка зрѣнія на владѣніе, такъ и понятіе держанія, а равнымъ образомъ и различіе между владѣніемъ и держаніемъ, а потому, слѣдуя принципу юридической интерпретаціи—«не наше дѣло проводить различія тамъ, гдѣ ихъ не проводитъ законъ»,... оставалось прійти къ выводу, что наше право считаетъ владѣніемъ и защищаетъ владѣльческими исками всякое фактическое господство надъ вещью, независимо отъ того или иного направленія воли владѣльца [1]).

Это уже другая крайность! Примѣняя такую точку зрѣнія на владѣніе къ случаямъ практической жизни, мы должны будемъ, напр., признать сторожа владѣльцемъ охраняемаго имъ имущества, пастуха—владѣльцемъ стада, находящагося подъ его наблюденіемъ и охраной, стараго «діда» на баштанѣ—владѣльцемъ послѣдняго, гдѣ онъ выстроилъ себѣ шалашъ и хранитъ арбузы и дыни отъ воровъ и т. д. Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ указалъ г. Трепицынъ—cit. стр. 336, въ т. X ч. I имѣются указанія, что не всякій держатель признается по нашему праву владѣльцемъ. Именно по ст. 514 т. X. ч. I реальное держаніе признается юридическимъ владѣніемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ «отдѣлитъ»

---

[1]) Того же взгляда придерживаются: Змирловъ—О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ Жур. Гражд. и Уголовн. Права 1883, V, стр. 112—114; Фридштейнъ—О владѣльческомъ искѣ по дѣйствующему русскому праву. Вѣстникъ Права 1900 г. VII, стр. 51, 52; Дювернуа—Пособіе къ лекціямъ по Гражд. Праву. Выпускъ I-й изд. 1899 г. стр. 9. Совершенно ошибочно относитъ Трепицынъ—cit. стр. 323 меня къ сторонникамъ такого же воззрѣнія на владѣніе. Въ статьѣ моей „Владѣніе по русскому праву“, (помѣщенной въ Словарѣ юридическихъ и государственныхъ наукъ, подъ редакціею Волкова и Филиппова; вып. IV стр. 2002 слѣд.) стр. 2004 я категорически заявляю, что основнымъ признакомъ владѣнія, отличающимъ его отъ держанія вещи, незащищаемаго исками, „является наличность у субъекта *намѣренія* обладать вещью, воздѣйствовать на нее, проявляемаго внѣ, хотя бы въ устраненіи всѣхъ другихъ отъ такого же воздѣйствія на данную вещь. Что же касается вопроса, проявляется-ли такое намѣренія въ личныхъ интересахъ или въ интересахъ другого,—это при установленіи отличія владѣнія отъ держанія - безразлично. Разъ намѣреніе обладать вещью у лица имѣется, самое отношеніе это охраняется правомъ; нѣтъ такого намѣренія,—нѣтъ и владѣнія“.

отъ своей собственности владѣніе и „передастъ или уступитъ оное по договору, дарственной записи или другому какому либо акту».

Если я нанимаю прислугу въ свой домъ, или носильщика на вокзалѣ для переноски вещей на извозчика, сторожа къ амбару и т. д., всюду здѣсь я и не думаю предоставлять имъ владѣніе своими вещами, или уступать его по какому либо договору или акту, но лишь просто нанимаю или вообще поручаю другимъ лицамъ выполненіе извѣстныхъ *услугъ* въ мою пользу; причемъ лица эти дѣйствуютъ какъ мои «длинныя руки», какъ орудія, при помощи которыхъ я веду свою хозяйственную дѣятельность. Нѣтъ здѣсь возможности потому и говорить о владѣніи этихъ лицъ моими вещами, хотя бы даже онѣ находились въ ихъ непосредственномъ обладаніи. Такъ же точно, нельзя, напр., говорить о владѣніи ребенка часами съ цѣпочкой, данными ему мною для игры въ руки. Здѣсь самый ребенокъ служитъ мнѣ развлеченіемъ и утѣхой.

Своеобразную попытку примирить непримиримое сдѣлали Побѣдоносцевъ и за нимъ Анненковъ [1]).

Признавая по нашему праву владѣніе лишь за тѣми лицами, которыя фактически господствуютъ надъ объектомъ cum animo domini, оба автора въ то же время даютъ владѣльческую защиту всякому держателю вещи, безразлично. Разъ признать ихъ ученіе, то необходимо приходится прійти къ тому заключенію, что законъ слѣдовательно не проводитъ различія между юридически защищаемымъ владѣніемъ (poss. ad interdicta) и держаніемъ (detentio); тогда становится излишнимъ установленное ими требованіе отъ владѣльца наличности animus'a domini [2]).

Что же такое является юридически защищаемымъ владѣніемъ по нашему праву?

Юридически охраняемымъ (поссессорными исками) владѣніемъ по нашему праву, думаемъ мы, является фактическое

---

[1]) Побѣдоносцевъ—Курсъ Гражд. Права I, 149, 168; Анненковъ—Система русск. гражд. пр. II 489—491, 576—577.

[2]) Васьковскій—Учебникъ гражд. пр. II, стр. 41.

воздѣйствіе лица на объектъ въ цѣляхъ обладать имъ вполнѣ или въ извѣстномъ лишь отношеніи. Основнымъ признакомъ владѣнія, въ отличіе отъ держанія вещи, не защищаемаго исками, является наличность у субъекта *намѣренія* обладать вещью, воздѣйствовать на нее, проявляемаго внѣ, хотя бы въ устраненіи всѣхъ другихъ отъ *такого же* воздѣйствія на данную вещь. Что же касается вопроса, проявляется-ли такое намѣреніе въ личныхъ интересахъ или въ интересахъ другого—это при установленіи отличія владѣнія отъ держанія не имѣетъ значенія. Разъ намѣреніе обладать вещью у лица имѣется, въ чемъ бы это намѣреніе не выразилось—безразлично,—самое отношеніе такое охраняется правомъ; нѣтъ у лица такого намѣренія, нѣтъ возможности по объективнымъ даннымъ вывести заключенія о наличности его—тогда нѣтъ и владѣнія [1]).

Въ виду сказаннаго слѣдуетъ у насъ считать возможнымъ пріобрѣтеніе владѣнія и такими лицами, которыя представляются неспособными пріобрѣтать собственность на владѣемое ими имущество. Установившееся при такихъ условіяхъ владѣніе, согласно ст. 531 т. X ч. 1, все таки будетъ пользоваться защитою отъ насилія и самоуправства. Такимъ образомъ возможно пріобрѣтеніе владѣнія лицами недѣеспособными или дѣеспособность которыхъ ограничена. Такъ возможно пріобрѣтеніе владѣнія недвижимостями для монастырей и церквей безъ Высочайшаго на то разрѣшенія. Равнымъ образомъ вполнѣ допустимо possessio duorum in solidum; это особенно часто наблюдается въ случаяхъ такъ называемаго *перемежающагося* владѣнія, когда, напр., два лица арендуютъ общественный садъ—одинъ на зиму, для устройства въ немъ катка, другой—на лѣто для театра и гуляній. Законный владѣлецъ можетъ искаться о возстановленіи нарушеннаго владѣнія какъ противъ самого нарушителя (A), такъ равнымъ образомъ противъ третьяго лица (B), похитившаго его вещь отъ (A); но и нарушитель вла-

---

[1]) Ср. С. Никоновъ—Владѣніе по русскому праву—Словарь юрид. и государств. наукъ, изд. Волкова и Филиппова т. IV, вып. 4-й, стр 2004 слѣд

дѣнія (А) самъ обладаетъ владѣльческою защитою противъ похитителя (В).

Всѣ владѣльцы, подходящіе подъ указанный нами выше критерій владѣнія, пользуются по дѣйствующему праву защитой владѣнія своего отъ насилій и самоуправства, какъ это указано ст. 531 т. X ч. I, св. законовъ. Въ общемъ того же воззрѣнія придерживается и Правит. Сенатъ въ своей касаціонной практикѣ, указывая, что искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія въ правѣ защищаться не только хозяинъ вещи, но и фактическій владѣлецъ (кассац. гражд. 1886 г. № 88; 1882 № 134 и др.), а равно пожизненный владѣлецъ, чиншевикъ, залогодержатель и т. д. даже незаконный владѣлецъ, присваивающій себѣ вещь (кассац. 1881 г. № 43; 1877 г. № 295; 1876 г. № 232).

Относительно владѣнія арендатора Сенатомъ постановлено, что послѣдній можетъ защищаться владѣльческими исками лишь противъ третьихъ лицъ, а не противъ своего хозяина (кассац. 1893 г. № 34; 1879 г. № 88, 99; 1877 г. № 22 и др.) или противъ арендатора того же собственника (кассац. 1879 г. № 182; 1878 г. № 160). Вмѣстѣ съ тѣмъ и собственникъ вещи признается Сенатомъ не имѣющимъ права предъявлять владѣльческіе иски противъ временныхъ владѣльцевъ его имуществомъ по договору (кассац. 1882 г. № 134; 1879 г. № 97, 98; 1877 г. № 179, 211; 1875 г. № 914 и мн. др.). Дѣйствительно, къ такимъ лицамъ владѣніе перешло отъ хозяина по договору, т. е. съ взаимнаго о томъ согласія обоихъ лицъ. Между тѣмъ по смыслу ст. 531 т. X ч. I, владѣльческіе иски даются лишь въ защиту противъ насилія или самоуправства, чего въ разсматриваемыхъ случаяхъ нѣтъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ замѣчаетъ Юреневъ (cit. стр. 21). возстановить нарушенное владѣніе значитъ—привести это владѣніе въ то положеніе, въ которомъ оно находилось непосредственно передъ нарушеніемъ; между тѣмъ хозяинъ, просящій объ отобраніи отъ нанимателя нанятаго имущества за прекращеніемъ силы наемнаго договора, вовсе не стремится къ возстановленію того владѣнія, которое предшествовало прекращенію силы этого договора, т. е. владѣнія

наемщика, а, напротивъ, домогается прекращенія этого владѣнія.

Запрещеніе поссессорныхъ исковъ собственниковъ противъ временныхъ владѣльцевъ ихъ имуществомъ по договору находитъ себѣ такимъ образомъ въ общемъ довольно удовлетворительное объясненіе въ толкованіи ст. 531 [1]). Но совершенно ошибочнымъ представляется отказъ Сената въ защитѣ владѣльческими исками арендатора противъ насильственнаго или самоуправнаго захвата хозяиномъ арендованнаго имущества у послѣдняго. Здѣсь Сенатъ совершаетъ рѣзкое нарушеніе ст. 73 Уст. гражд. судопроизводства, по которой судъ возстановляетъ нарушенное владѣніе, не входя въ разсмотрѣніе права собственности на вещь. Безъ такого же разсмотрѣнія, очевидно, суду невозможно узнать, кто собственникъ вещи-истецъ или отвѣтчикъ. Между тѣмъ, согласно смыслу сенатской практики, отвѣтчику (собственнику—споліатору) предоставляется теперь право на представленіе exceptio dominii противъ иска споліата—арендатора [2]).

Что касается того, кто можетъ быть отвѣтчикомъ въ поссессорномъ искѣ, то здѣсь, исходя изъ основной задачи иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, именно—возвратить отнятую вещь прежнему ея владѣльцу—должно a priori такимъ отвѣтчикомъ признавать прежде всего самого споліатора. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ вѣрно отмѣтилъ Юреневъ [3]), нарушителемъ владѣнія слѣдуетъ признавать и такое лицо, которое, не совершивъ непосредственно само отнятія владѣнія, пользуется однако послѣдствіями такого отнятія, владѣя, напримѣръ, отнятыми самовольно вещами. На этомъ основаніи слѣдуетъ признать, что отвѣтчиками въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія можетъ быть не только тотъ, кто самовольно отнялъ вещь, (споліаторъ), но и всѣ его универсальные и сингулярные преемники во

---

[1]) Ср. Фридштейнъ—cit. стр. 75.

[2]) Ср. Васьковскій—cit. стр. 53; Фридштейнъ—cit. стр. 79 сл.

[3]) Юреневъ—Искъ о защитѣ владѣнія по русскимъ законамъ Ж. Гр. Угол. Пр. 1875 г. кн. 2 стр. 12.

владѣніи послѣдней, и при томъ именно тѣ, кто изъ нихъ владѣетъ вещью въ моментъ предъявленія иска.

Сенатъ въ этомъ отношеніи установилъ общимъ правиломъ, что поссессорные иски предъявляются ко владѣльцу имущества, которымъ или въ пользу котораго допущено завладѣніе, хотя бы захватъ былъ учиненъ не имъ самимъ, а лицомъ, завѣдующимъ его имуществомъ или хозяйствомъ (кассац. 1893 г. № 47; 1878 г. № 194; 1875 г. № 309), или его предшественникомъ по владѣнію (кассац. 1882 г. № 139).

Содержаніе иска при этомъ направляется именно на возвращеніе захваченныхъ вещей обратно отъ владѣльца истцу cum omni càusa (кассац. 1875 г. № 536); возвращенія понесенныхъ убытковъ споліатъ при этомъ можетъ искаться, но по *особому* дополнительному при томъ требованію (кассац. 1873 г. № 946).

Вопросъ о томъ, можетъ ли защищаться по нашему дѣйствующему праву владѣніе какъ движимымъ такъ и недвижимымъ имуществомъ, въ порядкѣ поссессорномъ, является спорнымъ въ нашей литературѣ. Одни писатели полагаютъ, что по нашему праву недопустима защита владѣльческими исками движимостей [1]). Другіе, напротивъ, утверждаютъ, что иски эти и въ настоящее время, какъ и до изданія судебныхъ уставовъ 1864 года, должны считаться допустимыми одинаково для защиты какъ имущества недвижимаго, такъ и движимаго [2]) Сенатъ до 1873 года придерживался послѣдняго мнѣнія [3]). Начиная однако съ 1873 г., сенатская практика рѣзко склонилась къ противоположной точкѣ зрѣнія, допустивъ такую защиту только въ отношеніи недвижимости [4]).

---

[1]) Таковы напр. Побѣдоносцевъ,—курсъ I, стр. 174; Поповъ—cit. Ж. Гр. Угол. Пр. 1874 г. кн. V стр. 86—94; Дювернуа—пособіе къ лекціямъ, часть особ., вып. I, стр. 21, 22; Исаченко—Гр. проц. I, 65 и др.

[2]) Таковы напр., Малышевъ—Курсъ Гр. Суд. I, 151; Шершеневичъ—cit. стр. 222—223; Васьковскій—Учебникъ II. стр. 54; Анненковъ—cit. II, стр. 575—576; Юреневъ—cit. стр. 41—49; Фридштейнъ—cit. стр. 68—70 и др.

[3]) Напр. Кассац. 1870 г. № 165, 1602, 1538.

[4]) Рѣшен. кассац. 1890 г., № 128; 1885 г. № 113; 1875 г. № 26, 165; 1874 г. № 356; 1873 г. № 611, № 782.

Въ пользу этого послѣдняго мнѣнія приводятся обыкновенно слѣдующія соображенія: а) Уставъ гражд. суд. не указываетъ, чтобы искъ по 4 п. 29 ст. Уст. гр. судопр. относился также и къ движимости; b) Уст. гражд. суд. не опредѣляетъ подсудности для исковъ о возстановленіи владѣнія движимостью, а примѣненіе 34 ст. Уст. гр. суд. невозможно, ибо мѣсто нахожденія движимости, по его измѣнчивости, не можетъ служить признакомъ подсудности; с) наконецъ 534 ст. т. X ч. 1 постановляетъ, что «движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано»;—слѣдовательно, чтобы опровергнуть право наличнаго владѣльца, надо доказать, что не онъ—собственникъ данной движимости, для чего необходимъ искъ о правѣ собственности, а не владѣльческій [1]).

Противъ этихъ положеній можно выставить слѣдующія возраженія.

1) Прежде всего, какъ мы говорили уже выше, тѣ указы, которые приведены редакторами ст. 531 т. X ч. 1, какъ ея источники, говорятъ именно о возстановленіи владѣнія движимостями. (См. выше стр. 269 сл.).

2) Въ то же время и сами редакторы Уст. граж. суд. при составленіи ст. 29 п. 4 Уст. гр. судопр., имѣли въ виду распространить этотъ законъ не только на недвижимое, но и на движимое имущество. По крайней мѣрѣ въ мотивахъ къ п. 4 ст. 29 Уст. гр. судопр. положительнымъ образомъ высказано въ этомъ отношеніи, что „мировой судья, въ дѣлахъ сего рода, не входя въ разсмотрѣніе самаго права на владѣніе, долженъ ограничиваться возвращеніемъ имущества тому, въ чьемъ владѣніи оно состояло, и при томъ безразлично, *относится-ли нарушеніе до движимаго или недвижимаго имѣнія*» [2]).

3) Какъ вѣрно замѣтилъ Фридштейнъ (cit. стр. 68), по поводу ссылки на Уст. 34 ст. гражд. судопр., давать особую подсудность для исковъ о возстановленіи владѣнія движимостью не было никакой надобности: эти иски могли бы

---

[1]) Побѣдоносцевъ—Судебное руководство 1872 г. стр. 35.

[2]) Судебн. уст. изд. Госуд. Канцеляріи 1866 г. стр. 44.

быть предъявлены тамъ, гдѣ вообще предъявляются иные иски о движимости, т. е. по мѣсту жительства отвѣтчика.

4) Равнымъ образомъ и правило 531 ст. т. X ч. 1 говоритъ о защитѣ владѣнія отъ насилія и самоуправства вообще, не дѣлая различія вещей движимыхъ отъ недвижимыхъ, почему и мы не вправѣ дѣлать такого различія. Наконецъ, и ст. 691 т. X ч. 1, говоря о правѣ каждаго отыскивать свое имущество изъ чужаго неправильнаго владѣнія, одинаково не различаетъ движимостей отъ недвижимостей. И отсюда, конечно, возможно лишь только одно заключеніе, какъ и изъ ст. 531, что законъ говоритъ о защитѣ владѣнія какъ движимыми, такъ и недвижимыми имуществами— безразлично.

5) Что касается смысла ст. 534 т. X ч. 1 то изъ содержанія ея можно ввести лишь, что при спорѣ *о правѣ* на движимую вещь право собственности предполагается за лицомъ, во владѣніи котораго находится самая вещь, и противное должно быть доказано лицомъ заинтересованнымъ. Въ виду того, что владѣніе не есть право, а простое фактическое отношеніе, которое разсматривается и защищается безъ разсмотрѣнія вопроса о правѣ, ст. 534 cit. какъ опредѣляющая именно вопросъ о *правѣ собственности* на вещь, не можетъ имѣть примѣненія въ разсматриваемомъ здѣсь нами случаѣ. О правѣ собственности въ поссессорномъ процессѣ, на основаніи ст. 73 Уст. гражд. судопр. нельзя даже и говорить. Здѣсь истецъ долженъ доказать лишь, что онъ владѣлъ данной вещью и что его владѣніе нарушено отвѣтчикомъ; при чемъ судъ обязанъ возстановить его владѣніе, хотя бы право собственности на спорную вещь дѣйствительно принадлежало отвѣтчику, а не только предполагалось лишь за нимъ по ст. 534 [1]).

6) Наконецъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Шершеневичъ (cit. стр. 223) защита владѣнія д. б. распространена на движимости и по соображеніямъ цѣлесообразности. Во многихъ случаяхъ примѣненіе поссессорной защиты для движимостей

---

[1]) Ср. Васьковскій—Учебникъ II, стр. 54.

является несравненно болѣе необходимымъ въ виду трудности доказыванія права собственности; тогда какъ доказываніе права собственности на недвижимости облегчается очень часто наличностью актовъ укрѣпленія правъ Примѣромъ здѣсь Шершеневичъ даетъ такой случай: весною на берегу Волги по ошибкѣ грузится чужая баржа; собственнику въ горячее время дорогъ каждый день, и онъ предпочтетъ доказывать передъ мѣстнымъ земскимъ начальникомъ свое владѣніе этою баржею, чѣмъ собирать доказательства своего права собственности на нее и ѣхать въ губернскій городъ для предъявленія иска въ окружномъ судѣ.

Такимъ образомъ мы послѣ сказаннаго вправѣ утверждать, что существующая нынѣ практика Сената, не допускающая владѣльческихъ исковъ въ защиту движимостей, не оправдывается ни исторіей нашего дѣйствующего законодательства о владѣніи, ни соображеніями редакторовъ Уст. гр. судопр., ни общимъ смысломъ относящихся сюда статей т. X ч. 1; почему представляется настоятельно необходимымъ поворотъ въ ней къ тому ученію о поссессорныхъ искахъ, какое уже высказывалось Сенатомъ въ его практикѣ до 1873 года.

Вопросъ о томъ, подлежатъ ли у насъ поссессорной защитѣ права, какъ равно и вообще могутъ ли права быть объектомъ владѣнія,—споренъ въ литературѣ. Большинство писателей не признаетъ возможности допустить у насъ владѣніе правами; причемъ они основываютъ это мнѣніе свое преимущественно a) на томъ соображеніи, что нашъ законъ говоритъ какъ о предметахъ владѣнія только о вещахъ тѣлесныхъ, и b) на томъ, что въ законахъ не упоминается о давности пользованія этими правами [1]).

Разсматривая эти два основныя положенія писателей, отвергающихъ возможность существованія у насъ владѣнія правами, мы не считаемъ ихъ убѣдительными. Первое изъ

---

[1]) См. Мейеръ—cit. 2-е изд. т. 2 ст. 16; Куницынъ—Право собственности по опредѣленію его въ Сводѣ законовъ—въ Журн. Мин. Юстиціи 1866 г. III, стр. 448; Поповъ—cit. Ж. Гражд. Угол. Права 1874 г. IV, стр. 128, Анненковъ—cit. стр. 514—517.

нихъ, именно что законъ нашъ признаетъ предметами владѣнія только вещи тѣлесныя, является простой petitio principii. Мало того, заявленіе такое прямо противорѣчитъ смыслу ст. 416—419 т. X ч. I, признающихъ въ составѣ имущества владѣльцевъ имущества долговыя, т. е. res incorporales.

Соображеніе, что законъ не признаетъ давности пользованія правами основаніемъ пріобрѣтенія пользователемъ самаго права на чужую вещь, можетъ служить убѣдительнымъ аргументомъ для отрицанія возможности владѣть правами въ томъ лишь случаѣ, если мы станемъ признавать владѣніе, согласно съ Іерингомъ, за предполагаемую собственность, и аналогично этому владѣніе правами за предполагаемое право на чужую вещь [1]).

Признавая однако владѣніе не правомъ а фактическимъ отношеніемъ, мы въ то же время, утверждаемъ, что такое отношеніе защищается по дѣйствующему праву не какъ предполагаемая собственность, а въ цѣляхъ защиты владѣльца отъ насилій и самоуправства. Вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо отмѣтить, что понятіе давностнаго владѣнія, какъ одного изъ способовъ пріобрѣтенія права собственности, не должно быть смѣшиваемо съ понятіемъ фактическаго владѣнія, защищаемаго исками отъ его нарушенія. Владѣніе *можетъ*, въ извѣстныхъ случаяхъ, и при извѣстныхъ условіяхъ, разсматриваться, какъ предполагаемая собственность; но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы владѣніе *необходимо* служило основаніемъ пріобрѣтенія собственности, чтобы оно *непремѣнно* разсматривалось и являлось предполагаемой собственностью. Давностное владѣніе, владѣніе, какъ предполагаемая собственность, по нашему праву являются лишь какъ бы членами одной обширной семьи—фактическаго владѣнія, защищаемаго поссессорными исками. Примѣняя наше опредѣленіе понятія владѣнія къ случаямъ владѣнія правами, должно замѣтить, что владѣніе правами не является предполагаемымъ правомъ въ чужой вещи, а лишь простымъ фактическимъ осуществленіемъ содержанія извѣстнаго права въ

---

[1]) Ihering—Der Besitz—Ihering's Jahrbücher 1893, B. 32/20 S. 89 fg.

чужой вещи, соединеннаго съ намѣреніемъ субъекта осуществлять его для себя или въ интересахъ другого. Наличность такого animus'a служитъ здѣсь критеріемъ владѣнія правами, въ отличіе отъ случаевъ «держанія правъ» (напр. прогулка по чужому лѣсу).

Что касается сенатской практики, то здѣсь Сенатъ прямо признаетъ, что предметами владѣнія м. б. не только вещи, но и права (Кассац. 1876 г. № 180; 1871 г. № 1219; 1889 г. № 40).

Согласно ст. 531 т. X ч. I. поссессорные иски могутъ быть примѣняемы у насъ лишь въ случаяхъ, когда нарушеніе владѣнія состоялось путемъ примѣненія насилія или самоуправства (Кассац. 1898 г. № 42), При этомъ и теорія, и сенатская практика самоуправство понимаютъ lato sensu, именно въ смыслѣ самовольства, о которомъ говорится въ ст. 528 т. X ч. I., т. е. допускаютъ поссессорную защиту не только въ случаяхъ насильственнаго или самоуправнаго завладѣнія имуществомъ, но и въ случаяхъ просто самовольнаго завладѣнія имъ, т. е. только безъ согласія на то владѣльца, но безъ всякаго насилія противъ него [1]). Поэтому нельзя считать нарушителемъ владѣнія того, кто вступилъ въ обладаніе имуществомъ, хотя и противъ воли на то владѣльца послѣдняго, но при содѣйствіи подлежащей судебной власти, напр., суда, межевого установленія или иного административнаго установленія [2]).

Равнымъ образомъ, въ виду отсутствія элемента самовольнаго завладѣнія, не допускаются поссессорные иски въ случаяхъ перехода владѣнія къ другому лицу съ согласія или путемъ передачи вещей бывшимъ ихъ владѣльцемъ по какой бы то ни было причинѣ (продажа, отдача въ наемъ, раздѣлъ общаго имущества и т. п.). (См. выше стр. 285 сл.).

Другимъ условіемъ примѣненія поссессорныхъ исковъ является шестимѣсячный срокъ. Именно, необходимо здѣсь,

---

[1]) См. Фридштейнъ—cit. стр. 61 слѣд. Анненковъ—cit. II стр. 608; кассац. 1902 г. № 52; 1898 г. № 42; 1890 г. № 128; 1883 г. № 24; 1879 г. № 226.

[2]) Рѣшен. 1878 г. № 126, 175, 237; 1877 г. № 1. 2, 295; 1875 г. № 376, 561, 840, 890; 1872 г. № 65, 986; 1870 г. № 1320 и др.

чтобы истецъ до предъявленія иска въ надлежащемъ судѣ, и не далѣе какъ за 6 мѣсяцевъ до этого дня былъ вытѣсненъ вполнѣ или отчасти изъ владѣнія имуществомъ, вслѣдствіе захвата его или завладѣнія отвѣтчикомъ.

Въ нашей литературѣ споренъ вопросъ о значеніи этого срока, т. е. является-ли онъ погашающимъ поссессорные иски давностнымъ срокомъ (подобно тому какъ установленъ здѣсь напр. ст. 23 Code de procedure civile годичный срокъ исковой давности, или ст. 864 B.G. B. для Германіи), или простымъ срокомъ, разграничивающимъ подсудность мировыхъ судовъ отъ судовъ общихъ, въ которыхъ поссессорные иски м. б, предъявляемы и послѣ этихъ 6 мѣсяцевъ въ теченіи всего общаго 10-лѣтняго срока давности [1]). Сенатъ съ 1884 года рѣшительнымъ образомъ выступилъ въ защиту второго мнѣнія. Такъ въ кассац. рѣшен. отъ 1884 г. за № 33 мы читаемъ, что «по законамъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ, изложеннымъ въ ч. 2 т. X изд. 1876 года, иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія послѣ пропущенія срока, опредѣленнаго на предъявленіе оныхъ въ полиціи, допускаются въ судебныхъ мѣстахъ. Это положительно доказывается содержаніемъ какъ вышеприведенной ст. 10 ч.2 т. X, такъ и ст. 600 этой же части, изд. 1876 г.... Точно также начатіе въ общихъ судебныхъ мѣстахъ дѣла о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, послѣ пропущенія срока на предъявленіе о томъ иска у мирового судьи допускается и Уст. гр. судопр. 1864 г. Въ ст. 202 Уст. гр. судопр. сказано, что окружнымъ судамъ подсудны всѣ иски, неподлежащіе вѣдомству мировыхъ судей. Посему какъ вѣдомству мирового судьи подлежатъ иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени нарушенія прошло не болѣе шести мѣсяцевъ, то изъ сего необходимо слѣдуетъ, что искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія,

---

[1]) Такъ Побѣдоносцевъ (Судебное руководство стр. 34, 35), считаетъ 6 мѣсячный срокъ давностью, погашающей поссессорные иски, которые не м. б. предъявляемы въ окружныхъ судахъ. Противоположнаго мнѣнія Юреневъ—cit. стр. 25 слѣд. Фридштейнъ—cit. стр. 83 слѣд. Энгельманъ—О давности стр. 506; Гольмстенъ—Учебникъ гражданск. судопроизв. изд. III, стр. 51.

когда такое нарушеніе послѣдовало болѣе чѣмъ за 6 мѣсяцевъ, подлежитъ разбору общихъ судебныхъ мѣстъ. Что такого рода иски не изъяты изъ вѣдомства общихъ судебныхъ мѣстъ, а напротивъ, подвѣдомы онымъ, въ извѣстномъ случаѣ (ст. 29 п. 4, Уст. гр. суд.), то подтверждается и другими статьями устава. Такъ въ ст. 213, помѣщенной въ той части устава, въ которой опредѣляется порядокъ производства владѣнія въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, сказано:—иски *по нарушенію владѣнія* недвижимымъ имуществомъ и о причиненныхъ сему имуществу убыткахъ и ущербахъ предъявляются по мѣсту нахожденія сего имущества. Очевидно, что если, съ истеченіемъ со времени нарушенія владѣнія шестимѣсячнаго срока, утрачивалось бы всякое право на предъявленіе о семъ иска, то не предстояло бы надобности опредѣлять въ Уставѣ подсудность такого рода исковъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Статьями 1310 и 1312 Уст. гр. судопр. еще яснѣе доказывается, что наше законодательство ограничиваетъ иски о нарушенномъ владѣніи не шестимѣсячнымъ срокомъ, а земской давностью. Въ этихъ статьяхъ, которыми опродѣляется подсудность дѣлъ между казною и частными лицами, сказано, что дѣла частныхъ лицъ съ казеннымъ управленіемъ о завладѣніи недвижимымъ имуществомъ или о нарушеніи владѣнія подсудны вѣдомству мировыхъ судей, когда со времени завладѣнія или нарушенія владѣнія прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ; по мииованіи же этого срока дѣла о завладѣніи или нарушеніи владѣнія могутъ быть вчиняемы не иначе, какъ въ окружномъ судѣ, Наконецъ, и приложеніе къ ст. 694 (примѣчаніе) ч. 1 т. X, по прод. 1876 г. вполнѣ опровергаетъ утвержданіе о томъ. что опредѣленный п. 4 ст. 29 Уст. гражд. судопр. шестимѣсячный срокъ имѣетъ значеніе давностнаго срока, съ истеченіемъ котораго прекращается, будто бы, всякое право на предъявленіе иска о нарушенномъ владѣнія. Въ п. 1 этого приложенія сказано, что срокъ, опредѣленный для начатія иска о недвижимомъ или движимомъ имѣніи, есть десятилѣтній, и съ истеченіемъ этого срока право на искъ уничтожается. Случаи, въ которыхъ право на искъ прекращается въ сроки болѣе краткіе, чѣмъ десятилѣтній, въ под-

робности изложены въ законахъ, но въ нихъ нѣтъ указанія на то, чтобы на иски о нарушенномъ владѣніи не распространялся опредѣленный означеннымъ пунктомъ десятилѣтній срокъ и что для этого рода исковъ существуетъ особый кратчайшій срокъ».

Относительно самого порядка производства такихъ исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *недвижимостями* въ окружныхъ судахъ, имѣются ясныя указанія въ кассац. 1889 г. № 44.

Въ этомъ сенатскомъ рѣшеніи разъяснено, что при искѣ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, предъявленномъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, «общія судебныя установленія, не будучи стѣснены закономъ, вправѣ входить въ обсужденіе по дѣламъ этого рода самыхъ правъ тяжущихся на спорное имущество, не должны ограничиваться установленіемъ лишь факта, въ чьемъ дѣйствительномъ владѣніи имущество это находилось; но въ случаѣ предъявленія отвѣтчикомъ спора о правѣ истца на имущество, возстановленія владѣнія которымъ онъ отыскиваетъ, и о правахъ на оное самого отвѣтчика судъ не долженъ уклоняться отъ разрѣшенія такого спора по представленнымъ сторонами доказательствамъ, такъ какъ однимъ формальнымъ возстановленіемъ владѣнія, *безъ опредѣленія правъ тяжущихся на имущество,* не достигалась бы цѣль правосудія, заключающаяся въ установленіи и укрѣпленіи правъ лицъ, обращающихся къ защитѣ суда, и тяжущіеся безъ всякаго основанія и надобности обращались бы къ новому судебному производству для разрѣшенія спора о правѣ ихъ на имущество, На основаніи ст. 531 т. X ч. 1, всякое, даже и незаконное владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства, но лишь дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому. Въ обязанность же суда именно и входитъ опредѣлить, должно-ли быть имущество присуждено другому по пведставленнымъ имъ доказательствамъ *сію правъ*» [1]).

Смыслъ приведенныхъ толкованій Сената вполнѣ ясенъ. А именно, споры о владѣніи недвижимымъ имуществомъ

---

[1]) См. еще рѣшен. 1882 г. № 149 1884 г. № 33.

могутъ быть возбуждаемы и по истеченіи шестимѣсячнаго срока (считая со времени нарушенія владѣнія), но лишь въ общихъ (окружныхъ) судахъ. Но при этомъ, въ случаѣ возбужденія владѣльческаго иска въ окружномъ судѣ, здѣсь разбирается вопросъ не о фактѣ насилія или самоуправства, равнымъ образомъ не устанавливается ни допустимости exceptio dominii въ поссессорномъ искѣ (какъ ошибочно толкуетъ это рѣшеніе Фридштейнъ—cit. стр. 82) ни coloratio possessionis; напротивъ, Сенатъ точно и ясно опредѣляетъ, что въ окружныхъ судахъ при разборѣ владѣльческихъ исковъ дѣло должно быть направлено именно на выясненіе вопроса о *правѣ владѣнія* тяжущихся спорною вещью, о томъ титулѣ, на которомъ основано владѣніе тяжущагося [1]).

Другими словами, какъ уже отмѣтили это редакторы проэкта нашего будущаго Уст. гражд. судопр., «срокъ, указанный въ 4 п. ст. 29 уст. гражд. судопр., имѣетъ значеніе не разграниченія подсудности, а опредѣляетъ тотъ промежутокъ времени, по истеченіи котораго прекращается вообще право на предъявленіе владѣльческаго иска и наступаетъ необходимость заявить споръ о правѣ владѣнія» [2]).

При разборѣ владѣльческихъ исковъ въ мировыхъ судахъ (у земскихъ начальниковъ и город. судей) вопросъ о правѣ владѣнія совершенно исключается; exceptio dominii здѣсь наше право не допускаетъ. «По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія»—читаемъ мы въ ст. 73 Уст. гражд. судопр.»,—мировой судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостовѣряющихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе» [3]).

---

[1]) Ср. Нефедьевъ—Учебникъ русск. гражд. судопр. вып. I, стр. 80; Кассо—Русское поземельное право стр. 63.

[2]) Высочайше учрежденная комиссія для пересмотра законоположеній по судебной части.—Объяснительная записка къ проэкту новой редакціи Уст. гражд. судопр. т. III, ч. 1, стр. 33.

[3]) Ср. ст. 49 разд. II. Правила о произв. суд. дѣлъ, подвѣдом. зем. нач. и гор. суд.—„По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія земскій начальникъ или городской судья не входитъ въ разсмотрѣніе вопроса о правѣ собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе".

Какъ вѣрно указалъ г. Фридштейнъ (cit. стр. 53), смыслъ ст. 73 тотъ, что мировой судья не вправѣ входить въ разсмотрѣніе не только документовъ, удостовѣряющемъ *право собственности* на недвижимое имущество, но и документовъ, удостовѣряющихъ вообще *право на владѣніе* недвижимостью, утвержденное на формальномъ актѣ. Этотъ выводъ неизбѣжно слѣдуетъ изъ 1 п. ст. 31 Уст. гражд. судопр, Того же мнѣнія постоянно придерживается и Сенатъ въ своей кассаціонной практикѣ, указывая, что при разсмотрѣніи поссессорныхъ исковъ мировой судья обязанъ удостовѣриться, у кого предметъ иска состоялъ въ дѣйствительномъ владѣніи, и о времени, съ котораго такое владѣніе продолжается, и затѣмъ, безъ всякаго разсмотрѣнія правъ сторонъ, рѣшить, у кого изъ тяжущихся должно оставаться во владѣніи спорное имущество. Если же противъ поссессорнаго иска отвѣтчикъ противопоставляетъ свое *право на владѣніе* спорнымъ предметомъ, то мировой судья обязанъ, рѣшивъ искъ по существу, отклониться отъ разсмотрѣнія права отвѣтчика на владѣніе [1]).

Однако такое исключеніе exceptio dominii при владѣльческихъ искахъ нашего права не слѣдуетъ толковать [2]) въ томъ смыслѣ, что при поссессорныхъ искахъ (по ст. 29 п. 4 Уст. гражд. судопр.) совершенно устраняется представленіе письменныхъ доказательствъ въ подтвержденіе *факта* владѣнія. Совершенно вѣрно отмѣтилъ Сенатъ въ этомъ отношеніи, что когда документы представлены въ поссессорномъ процесѣ въ цѣляхъ удостовѣренія самаго факта владѣнія, или же факта добровольной, съ согласія истца, передачи вещи во владѣніе противной стороны, а не для доказательства права собственности или вообще права на владѣніе, то въ такихъ случаяхъ судъ *обязанъ* разсмотрѣть представлен-

---

[1]) Кассац. 1875 г. № 532; 1898 г. № 42; 1896 г. № 130; 1880 г. № 284; 1871 г. № 1109 и др.

[2]) Какъ это дѣлаетъ, напр., Побѣдоносцевъ—Курсъ гражд. прав. изд. 4 т. 1, стр. 186–170.

ные документы и принять ихъ во вниманіе при рѣшеніи поссессорнаго иска. [1]).

Нѣкоторые юристы признаютъ по нашему праву допустимой exceptio vitiosae possessionis при искахъ о владѣніи. Такъ Малышевъ пишетъ, что «незаконное владѣніе, основанное на захватѣ имущества отвѣтчика, охраняется мировымъ судьей только тогда, когда оно продолжалось болѣе 6 мѣсяцевъ, или же, когда отвѣтчикъ не заявитъ противъ него спора и не докажетъ своихъ правъ на возстановленіе владѣнія» [2]).

Ученіе такое однако не находитъ ни малѣйшей поддержки въ нашемъ законодательствѣ. Напротивъ ст. 531 т. X ч. I положительнымъ образомъ признаетъ «*всякое*, даже и *незаконное* владѣніе» подлежащимъ поссессорной защитѣ отъ насилій и самоуправствъ, безразлично со стороны кого-либо совершенныхъ. Что же касается шестимѣсячнаго срока въ п. 4 ст. 29 уст. гражд. судопр., то имъ опредѣляется лишь срокъ подсудности владѣльческихъ исковъ мировымъ судамъ. [3]) И нигдѣ мы не находимъ здѣсь правила, которымъ, подобно ст. 861 Герм. гражд. уложенія или art. 23 Code de procedure civile, устанавливался бы срокъ, лишь по истеченіи котораго давалась бы возможность „порочному“ владѣльцу защищатся поссессорными исками въ своемъ владѣніи. Вмѣстѣ съ тѣмъ замѣчаніе, что отвѣтчикъ самъ можетъ предъявить свой владѣльческій искъ противъ истца, если послѣдній нарушилъ его владѣніе ранѣе 6 мѣсяцевъ,—не имѣетъ практическаго значенія. Совершенно правильно указываетъ въ этомъ отношеніи Фридштейнъ (cit. стр. 59—60), что нельзя же предъявлять искъ о возстановленіи владѣнія *противъ того*, кто уже болѣе *не владѣетъ* спорнымъ имуществомъ, а самъ отыскиваетъ это имущество изъ самовольнаго владѣнія отвѣтчика [4]).

---

[1]) Кассац. 1875 г. № 51; 1875 г. № 49. 1885 г. №113; 1874 г. №142. № 344; того же мнѣнія Малышевъ - cit. I, 155; Анненковъ—cit. II, 586. Фридштейнъ—cit. стр. 57.

[2]) Малышевъ—Курсъ гражд. судопр. I. стр. 149.

[3]) Ср. касс. рѣшен. 1894 г. № 79.

[4]) Ср. Кассо—Русское поземельное право стр. 63.

Выводомъ изъ всего сказаннаго нами выше можно установить слѣдующія основныя начала нашего иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

1) По дѣйствующему праву защищается всякое даже незаконное владѣніе отъ насилія и самоуправства; причемъ exceptio dominii и exc. vitiosae possessionis не имѣютъ мѣста.

2) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія имѣютъ мѣсто только въ случаѣ spolium'a, понимая этотъ терминъ въ смыслѣ всякаго неправомѣрнаго (самовольнаго) отнятія у другого лица владѣнія, хотя бы и безъ насилія.

3) Содержаніемъ своимъ искъ направляется исключительно на возстановленіе нарушеннаго владѣнія, причемъ отвѣтчикомъ по нему м. б. лишь фактически владѣющій спорной вещи въ моментъ предъявленія иска, добро—или недобросовѣстный владѣлецъ—безразлично; деликтнаго характера за владѣтельческими исками у насъ не признается.

4) Дается искъ этотъ въ защиту отъ spolium'a не только вещей недвижимыхъ, но рано движимостей и правъ.

5) Иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія ведутся строго поссессорнымъ порядкомъ, причемъ въ нихъ совершенно исключается вопросъ о *правѣ владѣнія*.

6) Погасительная давность для владѣльческихъ исковъ—шесть мѣсяцевъ. По истеченіи этого срока м. б. возбуждаемы иски въ окружномъ судѣ для недвижимостей, но уже о *правѣ владѣнія* ими.

7) Защищаются при помощи разсматриваемаго иска не только владѣльцы cum animo rem sibi habendi (possessores), но равно и лица, получившія вещь отъ хозяина во временное владѣніе и пользованіе (держатели).

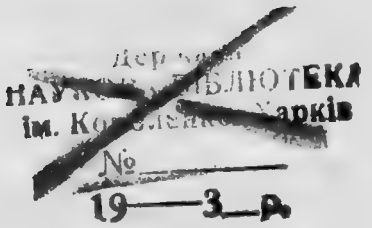
Другими словами, и въ отношеніи дѣйствующаго права приходится установить то же поразительное сходство, во многихъ основныхъ чертахъ, нашего поссессорнаго процесса съ канонической actio spolii, какъ это было установлено нами относительно нашего дореформеннаго процесса.

Очевидно, существующія юридическія и соціальныя условія русской жизни не настолько еще въ настоящее время измѣнились, сравнительно съ 18—19 вѣками, чтобы законодатель не стремился къ настоятельному проведенію въ пос-

сессорномъ процессѣ стараго правила временъ господства кулачнаго права—spoliatus ante omnia restituendus, какъ залога возможности мирнаго культурнаго развитія общественной жизни [1]).

---

[1]) Ср. ст. 140 Проэкта гражданскаго уложенія кн. III т. 1-й,—„Всякое даже незаконное владѣніе охраняется закономъ отъ самовольнаго нарушенія, пока это владѣніе не будетъ прекращено надлежащимъ по закону распоряженіемъ о передачѣ имущества отъ владѣющаго имъ другому лицу“, ср. ibid. ст. 141, слѣд.


БІБЛІОТЕКА
№
19—3—р.

ОПЕЧАТКИ.

Страница.	*Строка. Сверху.*	*Снизу.*	*Напечатано.*	*Слѣдуетъ читать.*
7	13	—	п.	№
9	—	14	движимости	недвижимости
11	—	19	насильника	противъ насильника
15	—	4	имѣтся	имѣется
15	—	5	тѣтъ	тѣмъ
25	—	19	Кодескѣ	Кодексѣ
30	10	—	о томъ	о томъ,
32	3	—	acto	actio
32	15	—	на	не
35	2-3	—	Собственникъ	Собственники
35	14	—	Матерьяломъ	матерьяломъ
41	2—3	—	Теодорира	Теодориха
42	10	—	iuliae	Juliae
48	10	—	основывалось	основывалась
62	—	—	conatus est“	conatus est“ См. Huberti—cit. S. 395.
62	—	6	1 стр. 4—1	1 сар. 4.
111	13	—	restiuendus	restituendus
115	—	1	сех.	exc.
116	—	4	substautia	substantia
116	—	13	придерживалась	придерживались
123	—	6	exceptio spolio	exceptio spolii
157	—	11	рецитировалъ	реципировалъ
181	—	2	Quaesiones	Quaestiones
203	2	—	кадексъ	кодексъ
205	—	3	давался	дается
225	12	—	являеться	являться
226	—	4	Clarondas	Charondas
231	—	4	видъ	видъ,
232	—	11	§ 2	§ 2)
232	—	18	постановила	постановили
243	9	—	(Bruns)—cit. S. 396	(Bruns—cit. S. 396).
243	—	6	учебныхъ	учебникахъ
243	—	6	иска и	и
243	—	9	измѣненія	измѣненіе
243	5	—	вещей,	вещей
274	—	3	собственности	собственность
285	17	—	ne	не